

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Eraõiguse instituut

Kadri Suurkivi

HANKELEPINGU ÜLEVÕTMISE LUBATAVUS EUROOPA LIIDU ÕIGUSE JA  
RIIGIHANGETE SEADUSE ALUSEL

Magistritöö

Juhendaja  
Lektor Mari Ann Simovart, dr. iur

Tallinn  
2013

## SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	3
1. Hankelepingute ülevõtmine kui hankelepingu muudatus .....	8
1.1 Olulise lepingumuudatuse mõiste kui üldine standard hankelepingu muudatuse lubatavuse kontrollimiseks .....	8
1.2 Hankelepingu täitja muutmine .....	13
1.3 Hankelepingu ülevõtmise ettenägemine hankedokumentides.....	17
1.4 Muudatused ettenägematutel asjaoludel.....	18
1.5 Õigusvastase hankelepingu ülevõtmise õiguslikud tagajärjed .....	24
1.5.1. Õigusvastase hankelepingu ülevõtmise tühisuse tuvastamine .....	24
1.5.2 Hankija avalik-õiguslik vastutus .....	30
1.5.3. Kahju hüvitamise taotlus .....	31
1.6 Vahekokkuvõte.....	33
2. Hankelepingu ülevõtmise viisid .....	35
2.1 Hankelepingu ülevõtmine ettevõtte ülemineku korral .....	35
2.1.1. Hankija nõusoleku obligatoorsus hankelepingu ülevõtmiseks ettevõtte üleminekul .....	35
2.1.2. Hankija nõusoleku nõue kui põhiseadusega vastuolus olev ettevõtlusvabaduse riive.....	41
2.1.3. Riigihanke direktiivi eelnõust tulenev käsitus .....	43
2.2 Hankelepingu ülevõtmine äriühingute ühinemise või jagunemise korral ning tütarettevõtte asutamisel .....	44
2.3 Hankelepingu ülevõtmine täitja maksejõuetuse korral .....	49
2.3.1 Hankelepingu täitmisest maksejõuetu täitja poolt.....	49
2.3.2. Ettevõtte müümise teel hankelepingu ülevõtmine .....	51
2.3.3 Hankelepingu müük pankrotimenetluses .....	52
2.4 Hankelepingu muutmine muudatuste korral konsortsiumis.....	61
2.5 Vahekokkuvõte.....	65
KOKKUVÕTE.....	68
Transfer of a public procurement contract according to European Union Law and the Public Procurement Act.....	72
KASUTATUD KIRJANDUS .....	77
KASUTATUD ÕIGUSAKTID .....	80
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA .....	82

## SISSEJUHATUS

Käesolev magistritöö uurib hankelepingu ülevõtmise lubatavust tuginedes Euroopa Liidu ja Eesti riigihankeõigusele. Kuna riigihangete seadusesse<sup>1</sup> (edaspidi RHS) on harmoneeritud Euroopa Liidu riigihanke alastest direktiividest tulenevad nõuded, siis on riigihangete seaduse oluliseks tõlgendusallikaks Euroopa Liidu esmased ja teisesed õigusaktid ning Euroopa Kohtu lahendid.

Vajadus riigihankemenetlusega võidetud hankelepingu üleandmiseks uuele hankelepingu täitjale võib tuleneda erinevatest põhjustest. Tuginedes võlaõigusseadusele<sup>2</sup> (edaspidi kui VÕS) on võimalik lepingupoolt vahetada kas lepingu üleandmise teel kolmandale isikule võttes eelnevalt loa hankijalt (VÕS § 179) või ettevõtte ülemineku teel (VÕS § 180-185). Samuti on võimalik kohustusega ühineda (VÕS §178) või see võtta üle seniselt täitjalt (VÕS § 175). Samuti on võimalik hankeleping(ud) üle anda olukorras, kus täitja kui juriidiline isik jaguneb või ühineb ning annab hankelepingu üle tuginedes õigusjärglusele (TsÜS<sup>3</sup> §6).

Majanduslike probleemide puhul võib kõne alla tulla hankelepingu üleandmine (ka müümine) pankrotihalduri poolt pankrotimenetluses. See võib tekitada pankrotihalduril praktilise probleemi, et mis tingimustel on tal õigus hankelepingut müüa ning mis ulatuses võib astuda selleks läbirääkimistesse nii uue täitja kui hankijaga. Samuti võib tekkida vajadus hankelepingu täitja vahetamiseks ülevõtmiste ja omandamiste protsessis, millega muudetakse täitja grupisiseseid või –väliseid struktuure. Ettevõtjatel on õigus ettevõtte müümiseks, mis üldiselt ei vaja teise poole nõusolekut (VÕS §182). Koos ettevõtte üleandmisega lähevad üle ka kõik ettevõttega seotud lepingud. Maksejõuetuse probleemist on isegi diskreetsem probleem ühispakkumuse esitanud pakkujate vahelised erimeelsused ning võimetus ühiselt hankelepingut edasi täita. Kas lepingut edasi täitval poolel on riigihangete õigusest tulenevate piirangute tõttu üldse võimalust otsida uus partner või on hankija kohustatud sellisel juhul korraldama uue riigihanke?

Seega põhjuseid, miks on vajalik hankeleping üle anda ning võimalusi selle teostamiseks on mitmeid.

---

<sup>1</sup> Riigihangete seadus. - RT I 2007, 15, 76... RT I, 14.02.2012, 3

<sup>2</sup> Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487... RT I, 08.07.2011, 21

<sup>3</sup> Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216...RT I 06.12.2010, 12

Autori hinnangul on need praktilised ning keerulised probleemid, mis tõusetuvad hankelepingu täitmise faasis ning mida ei ole siamaani teadustöodes ega kohtutes analüüsitud vajades seega põhjalikumat analüüsi.

Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond on antud küsimust siamaani üksnes põgusalt analüüsinud. Rahandusministeeriumile kui nõuandvale organile<sup>4</sup> on hankijad esitanud nõustamispäringuid seoses hankelepingu täitja muutmise lubatavusega ning neljal korral on Rahandusministeerium avaldanud Riigihangete portaalis riigihanked.riik.ee ka enda vastused. Rahandusministeeriumi senine käsitus ei ole olnud järjepidev ning nõustamispraktikas ilmnevad otsesed vastuolud.

Kuigi hankemenetlus lõpeb hankelepingu sõlmimisega (RHS § 29 lg 3 p 1) ei tähenda see, et hankija vabaneb RHS üldpõhimõtete ja Euroopa Liidu lepingust tulenevate aluspõhimõtete järgimisest. Hankelepingu täitmine allub lepinguõiguse põhimõtetele, välja arvatud hankelepingu muutmine, mis on imperatiivselt reguleeritud RHS-is ja Euroopa Kohtu lahenditega. Teisisõnu on hankelepingu muutmine lubatud ainult RHS-is sätestatud korras ning kooskõlas Euroopa Kohtus kujundatud reeglitega. Eesti riigihankeõiguse kohaselt pole sõlmitud hankelepingu muutmine reeglina lubatud ning muutmine saab kõne alla tulla vaid teatud erandjuhtudel.<sup>5</sup> Vastasel juhul muutub hankelepingu kontrollimatu ja läbipaistmatu muutmise teel sisutühjaks riigihangete alane regulatsioon ning selle üldpõhimõtted. Mari-Ann Simovart on oma doktoritöös põhjendatult väitnud, et Euroopa Liidu riigihankeõiguse mõjusfäär ei peatu konkreetse hankelepingu sõlmimise momendil, vaid laieneb riigihanke kõigile õigussuhetele, s.h. hanke eraõiguslikele (nii lepingulistele kui muudele) suhetele.<sup>6</sup>

Muutus hankelepingu täitjas on hankelepingu muudatus, mida peab autori hinnangul hindama RHS § 69 lg 3 ja 4<sup>7</sup> ning Euroopa Kohtu praktika valguses. Välja arvatud averuslepingute ehk

---

<sup>4</sup> Rahandusministeeriumi põhimääruse § 26 p 5 kohaselt töötab riigihangete ja riigiabi osakond välja poliitikat, valmistab ette õigusaktide eelnõusid, nõustab isikuid ja asutusi ning koordineerib riigiasutuste tegevust riigihangete ja riigiabi valdkonnas. RT I, 29.12.2011, 136

<sup>5</sup> Riigihangete juhis. Rahandusministeerium. 2012, lk 162

<sup>6</sup> M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu : Tartu Ülikooli Kirjastus, 2010. Lk 9-10.

<sup>7</sup> RHS § 69 (3) Hankija võib sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise.

(4) Hankija ei või hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

avaliku ja erasektori koostöö puhul (RHS § 69<sup>1</sup>) ei ole hankelepingu täitja muutumist siinamaani *expressis verbis* reguleeritud riigihangete seaduses ega selle aluseks olevates avaliku ega võrgustiku sektori direktiivides. Hankelepingu muutmise osas on hetkel peamiseks kehtivaks Euroopa Liidu õigusallikaks Euroopa Kohtu lahend Pressetext,<sup>8</sup> kus kohus andis selged juhised hankelepingu muutmise lubatavuse kohta. Nimetatud kohtulahend koos Euroopa Kohtu lahenditega C-91/08 *Wall*<sup>9</sup>, C-503/04 *Komisjon vs Saksamaa*<sup>10</sup> ja otsus kohtuasjas C-496/99 *Succhi di Frutta SpA*<sup>11</sup> on olulisteks allikateks käesoleva analüüsi teostamisel.

Eeltoodut silmas pidades püstitab autor eesmärgiks hinnata hankelepingu ülevõtmise lubatavust Euroopa Liidu esmastest õigusaktidest tulenevate põhimõtete ja sekundaarsete õigusaktide valguses. Samuti tuleb hinnata, kas RHS on antud küsimuses kooskõlas Euroopa Liidu õigusega.

Et seda eesmärki saavutada, pean vajalikuks analüüsida hankelepingute ülevõtmisi ettevõtte ülemineku käigus, äriühingute jagunemisel või ühinemisel, tütarettevõtete asutamisel, maksejõuetuse olukorras ning muudatuste korral konsortsiumis ehk ühispakkumises Euroopa Liidu riigihankeõiguse ja RHS alusel.

Töö käigus analüüsin võrdlevalt eelpool kirjeldatud õigusliku küsimuse lahenduskäike hetkel kehtiva seadusandluse ja kohtupraktika alusel ning Euroopa Komisjoni 20.detsembril 2011 vastu võetud uute riigihangete valdkonna direktiivi eelnõude alusel. Magistritöös on peamiselt kasutatud süstemaatilis-loogilist, kuivõrd Euroopa Kohus on traditsiooniliselt eelistanud just seda tõlgendamiskaanonit ning objektiiv-teleoloogilist tõlgendamispriintiipi. See tähendab, et riigihankeõiguse valdkonda kuuluvate õigusküsimuste lahendamiseks tuleb arvestada direktiivi taga olevate põhivabaduste eesmärgiga ja tuvastada nende seosed direktiiviga.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> EK 13.03.2008, C-454/06, Pressetext

<sup>9</sup> EK 13.04.2010, C-91/08, Wall AG

<sup>10</sup> EK 18.07.2007, C-503/04, Komisjon versus Saksamaa

<sup>11</sup> EK 29.04.2004, C-496/99 P, Succhi di Frutta SpA

<sup>12</sup> T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses : magistritöö. Juhendaja: Aare Reenumägi ; Tartu Ülikool, õigusteaduskond, riigi- ja haldusõiguse õppetool. Tartu : Tartu Ülikool, 2006. Lk 96

Analüüs põhineb eeldusel, et hankelepingu ülevõtmine on hankelepingu oluline muutmine, mille õiguspärasust tuleb hinnata lähtudes Euroopa Liidus kehtivatest riigihangete üldpõhimõtetest ning kohtupraktikast.

Töö on jaotatud kahte suuremasse peatükki, kus esimeses analüüsitakse hankelepingu ülevõtmist kui üldist hankelepingu muutmist ning teises analüüsitakse hankelepingu ülevõtmise konkreetseid viise ja selle lubatavust.

Töö esimeses peatükis analüüsin võrdlevalt hankelepingute üldist muutmise õiguspärasust kehtiva Euroopa Liidu õiguse alusel (st direktiivid ning Euroopa Kohtu lahendid), riigihangete seaduse ning Komisjoni poolt kinnitatud uute direktiivide eelnõude alusel ja ebaseadusliku lepingumuudatuse õiguslikke tagajärgi. Esimese peatüki struktuur põhineb uue riigihanke direktiivi struktuurile, mida on kasutatud artiklis 72 (hankelepingu muutmine). Uue riigihankedirektiivi eelnõu sätestab, et teatud olukorras ei ole hankelepingu täitja muutmine oluline lepingumuudatus, kuid seda üksnes eeldusel, et hankelepingus ei tehta muid olulisi muudatusi. Seetõttu on oluline mõista olulise lepingumuudatuse tähendust ning millised võivad olla hankelepingu täitjaga muutumisega seotud lisatingimused, mis võivad endast kujutada olulist lepingumuudatust. Autor väidab, et juhul kui hankija siiski sõlmib Euroopa Liidu aluspõhimõtetega vastuolus oleva hankelepingu muudatuse andes alusetult nõusoleku hankelepingu ülevõtmiseks, siis peab see olema õiguskaitse direktiivi<sup>13</sup> alusel tühistatav.

Teises peatükis analüüsin hankelepingu täitja muutmise õiguspärasust ettevõtte üleandmise teel, äriühingute jagunemisel ja ühinemisel ning lepingu täitmise üleandmisel tütarettevõttele. Samas peatükis tuvastan maksejõuetuse mõju hankelepingu täitmisele ja sellest tulenevat hankelepingu täitja muutmist koos võimalike praktiliste kitsaskohtadega. Neljandas alapunktis tuleb analüüsimisele hankelepingu täitja muutmise võimalused ühispakkujate poolt moodustatud konsortsiumis.

Käesolev magistritöö on teoreetiline uurimus, mis põhineb peamiselt riigihangete direktiivile 2004/18/EÜ<sup>14</sup> ning riigihangete seadusele. Kohtupraktika põhineb peamiselt Euroopa Kohtu

---

<sup>13</sup> Nõukogu Direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. *EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33–35*

<sup>14</sup> Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. *ELT L 134, 30.4.2004, lk 114–240*

ja Riigikohtu praktikal, kuid tuginetud on ka ringkonnakohtu lahenditele ning riigihangete vaidlustuskomisjoni praktikale. Direktiivi tõlgenduspraktika põhineb peamiselt ajakirjas Public Procurement Law Review avaldatud artiklitel ning Sue Arrowsmithi monograafial "The law of public and utilities procurement". Samuti on tõlgenduspraktika analüüsimiseks kasutatud asjakohaseid üliõpilastöid nagu Mari-Ann Simovarti doktoritööd "Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele.", Juridica artikleid ning Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanekut uue riigihanke direktiivi kohta<sup>15</sup>.

Euroopa Komisjoni 20.detsembril 2011 vastu võetud uued riigihangete valdkonna direktiivi eelnõud avaliku<sup>16</sup> ja võrgustiku sektori<sup>17</sup> hankijate ning kontsessioonilepingute<sup>18</sup> kohta käsitlevad esmakordselt ka hankelepingu ülevõtmise küsimusi tuues antud olukorda palju oodatud õigusselgust.

Kõikides eelpool nimetatud eelnõudes on hankelepingu ülevõtmise regulatsioon identne ehk nii avaliku kui võrgustiku sektori hangete ja kontsessioonide puhul saab rääkida samadest õiguslikest probleemidest ja lahendusest käesolevas küsimuses, mistõttu ei peatu autor eraldi avaliku ja võrgustiku sektori hankijatel ning kontsessioonidel omistades lahendused kõigile kolmele.

---

<sup>15</sup> Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM (2011) 896 lõplik

<sup>16</sup> KOM (2011) 896 lõplik

<sup>17</sup> Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid. KOM (2011) 895 lõplik.

<sup>18</sup> Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. KOM (2011) 897 lõplik

# 1. Hankelepingute ülevõtmine kui hankelepingu muudatus

## 1.1 Olulise lepingumuudatuse mõiste kui üldine standard hankelepingu muudatuse lubatavuse kontrollimiseks

Riigihankeid reguleerivad Euroopa Liidu direktiivid on 2004/18/EÜ (avaliku sektori hankijad), 2004/17/EÜ<sup>19</sup> (võrgustiku sektori hankijad) ja 89/665/EMÜ (õiguskaitse direktiiv). Direktiivides on riigihanke üldpõhimõtetenä kirjeldatud võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine ning menetluse läbipaistvus<sup>20</sup>. Direktiivides on reguleerimata hankelepingu muutmine, mistõttu tuleb lähtuda direktiivis toodud põhimõtetest ning kohtupraktikast. Riigihangete seaduse §-s 3 toodud üldpõhimõtete loetelu on laiem kui direktiivides toodu ning hõlmab endas ka rahaliste vahendite säästvat ja otstarbekat kasutamist, konkurentsi efektiivset ärakasutamist, huvide konflikti vältimist ning keskkonnasäästlike lahenduste eelistamist.

Euroopa Liidu Kohtu praktikast tuleneb, et riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusnormide põhieesmärk on teenuste vaba liikumise ning avatud ja ausa konkurentsi tagamine kõikides liikmesriikides.<sup>21</sup> Riigihanke direktiivide eesmärk on ka kaitsta pakkujaid hankija suvaotsuste eest hankelepingute sõlmimisel, siseriiklike pakkuja eelistamise riski tõkestamine ning välistada võimalust, et hankija võib juhendada muust kui majanduslikest faktoritest.<sup>22</sup> Põhimõtteid kohaldatakse hankelepingute väljakuulutamisega Euroopa Liidus, koheldes kõiki päringuid võrdselt, selleks, et vältida diskrimineerimist riikkondsuse või kaupade ja teenuste päritolu alusel, julgustades kasutama Euroopa Liidu standardeid siseriiklike asemel ning kasutades objektiivseid kriteeriume pakkumiste tegemisel ja lepingu sõlmimisel.<sup>23</sup>

Läbipaistvuse põhimõte on tuletatud Euroopa Liidu Toimimise Lepingu<sup>24</sup> (edaspidi ELTL) artiklist 28 ja 29 (endised EL lepingu artiklid 23 ja 24), mis sätestavad kaupade vaba

---

<sup>19</sup> Direktiiv 2004/17/EÜ, 31.märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ELT L 134, 30.4.2004

<sup>20</sup> 2004/18/EÜ art 2, 2004/17/EÜ art 10

<sup>21</sup> Pressetext, p 31.

<sup>22</sup> C. De Koninck, T. Ronse. European Public Procurement Law: the European public procurement directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities : texts and analysis. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008. Lk 192.

<sup>23</sup> Juhised EL riigihangete direktiivide põhimõtete kohaldamiseks / koostatud Austria Riigihangete Ameti ekspertide Thomas Gruberi, Hubert Reisneri ja Wolfgang Pointneri poolt Rahandusministeeriumi Twinning Light programmi raames ES03/IB/TWP/FIN13. Tallinn : Rahandusministeerium, 2004. Lk 7.

<sup>24</sup> Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. *ELT C 326, 26.10.2012, lk 47—390*



liikumise põhimõtte. Läbipaistvuse põhimõtte esmaseks sisuks on hangete välja kuulutamise kohustus, mille kaudu avatakse turg konkurentsile ning mis võimaldab hinnata riigihanke erapooletust.<sup>25</sup> Peale hanketeadete avaldamise on läbipaistvuse põhimõtte eesmärgiks loetud võrdse kohtlemise põhimõtte toetamist.<sup>26</sup> Komisjon on oma tõlgendavas teatises 29. aprillist 2000 leidnud, et juhul kui hankija aktsepteerib ühe pakkuja poolt pakkumuse muutmist, siis on rikutud võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse põhimõtet,<sup>27</sup> mis on autori hinnangul kohaldatav ka hankelepingu ülevõtmise olukorras, kuivõrd lepingu ülevõtmisega seatakse üks pakkuja teistega võrreldes eelisolukorda.

Riigikohus on märkinud, et hankija peab järgima Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtteid (eeskätt art-d 43 ja 49) (Euroopa Liidu toimimise lepingu art-d 49 ja 56), eelkõige asutamisvabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtteid.<sup>28</sup> Hankija on autori hinnangul seotud aluspõhimõtetega kogu hankelepingu kehtivuse perioodi. Euroopa riigihankeõiguse mõju Eesti eraõigusele on detailselt uurinud Mari-Ann Simovart oma doktoritöös jõudes järeldusele, et vastuolu korral riigisisese eraõiguse normide ja riigihanke üldpõhimõtete vahel on ülimuslikud viimased, mistõttu on lepinguvabaduse kui eraõigusliku aluspõhimõtte rakendamine hanke- eraõiguslikes suhetes piiratud Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide, eeskätt hanke üldpõhimõtetega.<sup>29</sup>

Hindamaks kas hankelepingu muutmine on kooskõlas Euroopa Liidu aluspõhimõtetega ja nendest tulenevate riigihangete üldpõhimõtetega tuleb analüüsida igat kaasust vastavalt selle asjaoludele ning hinnata selle õiguspärasust. Selleks on EK ühe peamise standardina viidanud muudatuse olulisusele.

---

<sup>25</sup> S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement. London, Sweet & Maxwell 2005, 2nd edition 2008, p 4.12

<sup>26</sup> Samas, p 4.13

<sup>27</sup> Euroopa Komisjon, Commission interpretative communication on concessions under community law. 2000/C 121/02. P 3.1.1.

<sup>28</sup> RKHKm 3-3-1-66-10 (AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Torma Vallavolikogu 21. aprilli 2009. a otsuse nr 287 osaliseks tühistamiseks ning Torma valla ja OÜ Amestop vahel 22. mail 2009 sõlmitud lepingu tühistamiseks või tühistuse tuvastamiseks) p 15 ja RKHKm 3-3-1-31-11 (AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Võru Linnavolikogu 22. detsembri 2009. a otsuse nr 26 tühistamiseks) p 16, vt ka direktiivi 2004/18 põhjendust punktis 2.

<sup>29</sup> M.A. Simovart. Doktoritöö, lk 167

Euroopa Liidu kohtupraktikast ilmneb, et Euroopa Liidu riigihankeõigus sekkub hanke eraõigusesse olukorras, kus hankelepingusse tehakse olulisi lepingumuudatusi. Seega mitte iga lepingumuudatus ei ole riigihankeõiguse seisukohalt vastuolus selle põhimõtetega.

Pressetexti kaasuses selgitas kohus esmakordselt, et menetluse läbipaistvuse ja pakkuja te võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks direktiivi tähenduses juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.<sup>30</sup> Riigihankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.<sup>31</sup> Kaasuses on toodud olulise muudatuse definitsioon, mille alusel tuleb igakordselt hinnata kas lepingu muudatus vastab nendele tingimustele.

Muudatus on Pressetexti kohtuasjas kujundatud reeglist tulenevalt oluline, kui on täidetud vähemalt üks alljärgnev tingimus:

- 1) muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti;
- 2) lepingu maht suurendatakse märkimisväärselt lisades sinna uusi teenuseid või asju;
- 3) lepinguline tasakaal on hanketeates kirjeldamata viisil kallutatud hankija kahjuks.<sup>32</sup>

Õiguskirjanduses on esimese tingimuse näitena toodud olukorda, kus hanketeates on nõutud pakkujatel pangagarantiid 100% lepingumaksumuse ulatuses, kuid hankija nõustub eduka pakkuja poolt esitatud pangagarantiiga 50% lepingumaksumuse ulatuses. Potentsiaalsetele pakkujatele võis olla hankes osalemise majanduslikuks takistuseks just see kõrge

---

<sup>30</sup> Pressetext p 34

<sup>31</sup> Pressetext p 35

<sup>32</sup> Pressetext, p 34-37

maksumusega pangagarantii olles seega oluliseks faktoriks pakkumuse mitteesitamisel mõjutades ka menetluse ajal esitatud pakkumuste arvu ja koosseisu. Teise näitena tuuakse hanketeates toodud tingimust, et ühispakkujad vastutavad solidaarselt, kuid hankelepingu täitmise ajal võtab hankija iga ühispakkuja vastutusele vaid enda poolt teostatud töö eest. Selline tingimus võis aga olla mitmele konsortsiumile pakkumise mitteesitamise põhjuseks.<sup>33</sup> Samuti võib selliseks oluliseks muudatuseks lugeda olulisemalt väiksemas mahus tööde tellimist, kui hanketeade ette nägi. Selle võib põhjustada hankija ebapiisav analüüs hankeeseme eelneval määratlemisel ja enda vajaduste kirjeldamisel või asjaolude objektiivne muutmine. Eelpool toodu ei kehti raamlepingute situatsioonis, kuivõrd raamlepingu olemuse tõttu ei olegi hankija kohustatud hankima teenuseid, asju või ehitustöid kogu raamlepingu mahu ulatuses. Väikese ja keskmise suurusega ettevõtetel on raske osaleda suuremahulistel hangetel, kuna neil võib puududa nõutav käibenäitaja või vabad rahalised vahendid lepingu täitmiseks olles seega liiga suureks majanduslikuks riskiks. Kui hankija nõuab pakkujalt olulisemalt väiksemas mahus teenuse osutamist või asjade tarnimist võrreldes hanketeates tooduga võivad olla ka esialgsed kvalifitseerimistingimused ebaproportsionaalsed võrreldes tegeliku hanke esemega takistades väikese ja keskmise suurusega ettevõtete ligipääsu turule.

Olulise lepingumuudatuse teise kriteeriumi kohaselt on muudatus oluline, kui lepingusse lisatakse märkimisväärselt uusi teenuseid või asju. Millal muutub lepingumuudatuse maht märkimisväärses, sõltub mitmest asjaolust, kuid eelkõige lepingu maksumusest.

Kolmanda kriteeriumi kohaselt on hankelepingu muudatus oluline kui selle tulemusena kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu hankija kahjuks. Hankelepingu täitja muutmine ei tohiks eelduslikult kallutada lepingu majanduslikku tasakaalu.

Kuigi eelpool nimetatud kriteeriumid ei ole seotud üksnes hankelepingu täitja muutmisega vaid hankelepingu muutmisega üldisemalt, on see käesoleva töö kontekstis oluline kuivõrd hankelepingu täitja muutmise lubatavus on uues direktiivi eelnõus seotud eeldusega, et lepingus ei tehta muid olulisi muudatusi.

Euroopa Kohtu otsuses Wall AG selgitas kohus, et direktiivid, millega liidu seadusandja on reguleerinud riigihangete valdkonda, ei reguleeri – liidu õiguse hetkeseisuga – teenuste

---

<sup>33</sup> K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. Public Procurement Law Review. 2013, 2, 51-73 p 2.2.2.

kontsessioonilepinguid. Sellegipoolest peavad niisuguseid lepinguid sõlmivad ametiasutused järgima EÜ asutamislepingu põhimõttelise tähtsusega sätteid, eeskätt EÜ artikleid 43 ja 49 ning nendest tulenevat läbipaistvuskohustust.<sup>34</sup> Juhul, kui teenuste kontsessioonilepingusse tehtud muudatustega viiakse sisse tingimusi, mis on oluliselt erinevad esialgse kontsessioonilepingu tingimustest, ja kui järelikult nähtub neist poolte soov jõuda lepingu olulistes tingimustes uuele kokkuleppele, tuleb vastavalt asjassepuutuva liikmesriigi siseriiklikule õiguskorrale rakendada menetluse läbipaistvuse tagamiseks kõiki vajalikke meetmeid – sh uus kontsessioonimenetlus. Kui uue kontsessioonimenetluse läbiviimine on asjakohane, tuleb selle korraldamisel arvestada kõnealuse teenuste kontsessioonilepingu iseärasusi ning anda ettevõtjatele, kes on asutatud mõnes teises liikmesriigis, võimalus saada kontsessiooni kohta adekvaatset infot enne, kui vastav kontsessioonileping sõlmitakse.<sup>35</sup> Wall AG kaasuses viitas kohus Pressetexti kaasuses formuleeritud reeglile ning osundas olulise lepingumuudatuse terminile. Seega võib järeldada, et ka kontsessioonilepingute puhul on keelatud olulised lepingumuudatused, mille sisu saab hinnata samade kriteeriumide alusel, mis hankelepingute puhul. Järgmine oluline aspekt Wall AG kaasuses oli, et juhul kui mõne alltöövõtja eelistamine oli lepingu sõlmimisel määrava tähtsusega element võib ka alltöövõtjate vahetamist pidada oluliseks lepingumuudatuseks.<sup>36</sup> Konkreetse kaasuse puhul omas alltöövõtja teenuse osutamiseks vajalikku patenti ning võis olla seetõttu määravaks miks konkreetse täitjaga leping sõlmiti. Seetõttu ei tohiks kohtu järeldust rakendada üldiselt iga alltöövõtja vahetamise suhtes, vaid üksnes juhtudel, kus alltöövõtja omas hankemenetluses määravat rolli.<sup>37</sup>

Riigihangete seadus ei kasuta olulise lepingumuudatuse mõistet. RHS regulatsiooni sisu ja selle koosmõju olulise muudatuse standardiga käsitletakse alapeatükis 1.5.

Detsembris 2011 võttis Euroopa Komisjon vastu kolm riigihangete alast eelnõud: avaliku sektori, võrgustiku sektori ja kontsessioonide kohta. Käesolevas töös tuleb analüüsimisele peamiselt avaliku sektori riigihangete eelnõu, kuna lepingu muutmisega seotud artikkel on kõigis kolmes peaaegu identne väga väikeste erisustega. Eelnõu artiklite analüüs on teostatud avaliku sektori hankijate eelnõu alusel ning erisused võrgustiku sektoris hankijatele või kontsessioonilepingute osas on eraldi välja toodud.

---

<sup>34</sup> Wall AG, p 33 ja viidatud kohtupraktika

<sup>35</sup> Samas, p 43

<sup>36</sup> Samas, p 39

<sup>37</sup> K. Hartlev, M. W. Liljenbøl p 3.2.4.1.

Uus riigihangete direktiivi eelnõu sätestab õiguse sõlmida olulisi lepingumuudatusi, kui muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha, muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust ning mis tahes hinnatõus ei ületa 50 % esialgse lepingu maksumusest (art 72 lg 6). Eelnõu sõnastus on sarnane RHS § 69 lg-le 3, kuid on siiski paindlikum, kuna ei eelda ohukriteeriumi täitmist.

Ettenägematute asjaolude all mõistetakse asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel.<sup>38</sup> Nimetatud käsitlus on kohaldatav ka RHS-is sisalduvale hankija hoolsuskohustuse hindamisele hankilepingu muutmise kontekstis.

Direktiivi eelnõu artikkel 72 lg 1 näeb ette, et riigihankilepingu sätete olulisi muudatusi selle kehtivusajal käsitatakse käesoleva direktiivi kohaselt uue lepingu sõlmimisena ning see eeldab uut hankemenetlust käesoleva direktiivi alusel. Eelnõu lõiked 2-7 kirjeldavad millistel juhtudel on tegemist olulise lepingumuudatusega ning millise sisuga muudatusi võib vaatamata sellele sõlmida.

Eelnõu sama artikli lõikesse 2 on sätestatud juba täna kehtiv Pressetexti kohtuotsusest tulenev reegel. Samas on kommenteeritud, et direktiivis pakutud sõnastus on tegelikult rangem kui kohtuotsuses, kuna tingiv kõneviis on asendatud kindla kõneviisiga.<sup>39</sup>

## 1.2 Hankilepingu täitja muutmine

Hankilepingu täitja muutmise küsimust on Euroopa Kohtus käsitletud üksnes Pressetexti kaasuses. Pressetexti kaasuse kohaselt võib sellise lepingupartneri, kellega hankija algselt sõlmis riigihankilepingu, asendamist uuega pidada üldiselt asjaomase riigihankilepingu oluliste tingimuste muutmiseks.<sup>40</sup> Kuigi hankilepingu täitja muutmine on reeglina oluline lepingumuudatus, leidub ka sellele erandeid. Kaasuse kohaselt sõlmis Austria Vabariik firmaga APA meediateenuste osutamise lepingu. APA asutas tütarettevõtja APA-OTS, kes võttis üle nimetatud hankilepingu täitmise ning tasu saamise õiguse (Eesti õigussüsteemi

---

<sup>38</sup> KOM (2011) 896, lk 25, eelnõu p (46)

<sup>39</sup> S. Treumer. Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. Public Procurement Law Review. 2012, 5, 153-166, p 1. Artiklis on selgitatud, et direktiivis on sõna "may" asendatud sõnaga "shall", muutes reegli resolootsemaks.

<sup>40</sup> Pressetext, p 40

mõistes oli tegemist kohustusega ühinemisega VÕS § 178 mõttes). Kohus leidis, et tegemist ei ole esialgse hankelepingu olulise muutmisega olukorras, kus algne pakkuja annab hankijale teenuste osutamise üle ühele teisele teenuseosutajale, kes on asutatud sellise äriühingu vormis, mille ainuomanik ta ise on, ning kelle üle ta omab kontrolli ning kellele ta annab korraldusi, eeldusel et esialgne teenuseosutaja vastutab jätkuvalt lepinguliste kohustuste täitmise eest.<sup>41</sup> Kohus tugines asjaolule, et APA-le kuulus sajaprotsendiliselt tütarettevõtja APA-OTS, APA-l oli APA-OTS-ile korralduste tegemise õigus ja APA on sõlminud nimetatud üksusega kasumi ja kahjumi ülekandmise lepingu. Samuti kinnitas APA, et teenuse osutamise eest vastutavad mõlemad ettevõtted solidaarselt.<sup>42</sup>

Riigihangete seadus ei puuduta expressis verbis hankelepingu täitja muutmist ning rakendama peab üldiseid hankelepingu muutmise norme RHS § 69 lg-d 3 ja 4. Rahandusministeerium on hankelepingu täitja muutmise küsimuses tõlgendanud vastavaid riigihangete seaduse sätteid väites esialgselt juunis 2010 pikemat analüüsi teostamata, et kaaluda tuleb seda, kui suures osas satub ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine, kui senine leping lõpetatakse ning ülejäänud asjade ostmiseks korraldatakse uus hankemenetlus.<sup>43</sup> Hiljem on Rahandusministeerium väitnud, et hankelepingu ülevõtmise aktsepteerimine on selges vastuolus riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega ning seetõttu keelatud<sup>44</sup>. Rahandusministeeriumi absoluutne seisukoht jättis mainimata RHS §-s 69 toodud võimaluse hinnata hankelepingu ülevõtmise lubatavust, kui seda tingivad objektiivsed asjaolud ning senise hankelepinguga seatud eesmärgi ohtu seadmise jättes mulje, et hankelepingu loovutamine kolmandale isikule on igal juhul üldpõhimõtetega vastuolus ning erandeid sealt teha ei saa. Tõenäoliselt mõtles Rahandusministeerium siinkohal siiski hankelepingu loovutamist ilma objektiivse põhjuseta, mida nõuab RHS § 69 lg 3.

Vastates märtsis 2012 küsimusele, et kas ettevõtte tervikuna võõrandamisel lähevad ettevõttega seotud hankelepingud üle ettevõtte omandajale leides Rahandusministeerium, et juhul kui võõrandatakse ettevõtte, millega on vahetu täitmise kaudu seotud hankelepingud, võib osutada asjakohaseks kaaluda selliste hankelepingute ülevõtmise lubatavust, vältimaks ettevõtlusvabaduse olulist riivet. Arvestades, et RHS-i mõtte kohaselt pole hankelepingute

---

<sup>41</sup> Pressetext, p 54

<sup>42</sup> Samas, p 44

<sup>43</sup> Korduma kippuvad küsimused. Alajaotus hankeleping. Küsimus nr 3. Riigihangete register. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/105> (18.03.2013)

<sup>44</sup> Samas, küsimus nr 10.

eraldiseisev loovutamine lubatud, ei saa hankelepingute ülevõtmine ettevõtte võõrandamise kaudu toimuda hankija eelneva nõusolekuta ning ettevõtte võõrandamise ulatuse hindamiseta.<sup>45</sup> Oluline on siinkohal välja tuua, et võlaõigusseaduse § 182 lg 2 kohaselt ei ole lepingu üleandmiseks lepingu teise poole nõusolekut vaja, kui seadus ei nõua teisiti. Rahandusministeeriumi seisukoha alusel nõuab RHS eelnevat hankija nõusolekut, kes võib selle anda üksnes siis, kui on kontrollinud ettevõtja omandaja poolseid kõrvaldamise aluste puudumist ning vastavust esialgsetele kvalifitseerimistingimustele.

Juulis 2012 muutis Rahandusministeerium oma seisukohta ning leidis, et ettevõtte ülemineku korral ei sea RHS täiendavaid piiranguid, kuna see oleks ebaproportsionaalne ettevõtlusvabaduse riive.<sup>46</sup> See tähendab, et hankija nõusolek hankelepingute üleandmiseks ettevõtte omandamise käigus ei ole obligatoorne ning hankija ei pea ka seetõttu kontrollima ettevõtte omandaja suhtes kõrvaldamise aluste puudumist ning kvalifitseerimistingimuste täitmist. Rahandusministeerium jättis siinkohal vastamata küsimusele, et kas juriidilise isiku jagunemise teel õigusjärglasele hankelepingute üle andmiseks on mingeid RHS-st tulenevaid piiranguid<sup>47</sup>.

Riigihanke direktiivi eelnõu artikli 72 lõige 3<sup>48</sup> käsitleb hankelepingu täitja muutmist, mille kohaselt peetakse hankelepingu täitja muutmist üldjuhul oluliseks lepingumuudatuseks. Eranditeks loetakse töövõtja täielikku või osalist asendamist pärast ettevõtte restruktureerimist või maksejõuetust teise algseid kvalitatiivseid valikukriteeriume täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida. Direktiivi preambula punktis 47 on selgitatud, et lepingut täitev edukas pakkuja võib lepingu täitmise ajal sisemiste ümberkorralduste, ühinemiste ja ülevõtmiste või maksejõuetuse tulemusel läbida teatavaid struktuurimuutusi. Selliste muutuste puhul ei peaks automaatselt nõudma uusi hankemenetlusi kõigi asjaomase äriühingu täidetavate hankelepingute suhtes. Nagu eespool sai tuvastatud, siis RHS ei tee hankelepingu täitja osas mingeid erisusi ning lähtuda tuleb üldiselt hankelepingu muudatuse regulatsioonist. Direktiivi eelnõus on täitja vahetumine seotud täitjaga seotud asjaoludega (ettevõtte restruktureerimine või maksejõuetus) mitte niivõrd hankelepingu

---

<sup>45</sup> Samas, küsimus nr 13.

<sup>46</sup> Samas, küsimus nr 14.

<sup>47</sup> VÕS § 181 ütleb, et käesolevas jaos [ettevõtte üleminek – autori märkus] sätestatud ei kohaldata ettevõtte üleminekule juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul /.../. Seetõttu ei saa arvamust analoogia korras rakendada ka juriidilise isiku jagunemisele antud kontekstis.

<sup>48</sup> Võrgustiku sektori direktiivi eelnõu art 82 lg 3 ning kontsessioonilepingute direktiivi eelnõu art 42 lg 3

täitmise riskiga. Maksejõuetus on õiguslik termin, millel on omad kindlad kriteeriumid ning kui täitja konkreetsel ajahetkel ei vasta maksejõuetu ettevõtte definitsioonile, siis justkui alus hankelepingu üleandmiseks puudub. Õiguskirjanduses on selgitatud, et käesolevad sätet ei tohiks tõlgendada laiendavalt, kui üldist luba hankelepingute ülevõtmiseks ettevõtjate poolt, kes ei osalenud hankemenetluses<sup>49</sup>.

Direktiivi eelnõu artikkel 72 lg 3 tuleks harmoneerida täielikus vastavuses direktiivis sätestatuga. Autor ei soovita lisada täiendavateks kriteeriumiteks RHS § 69 lg-s 3 sätestatud kriteeriume, kuna seda ei nõua Euroopa Liidu õigus. Direktiivist rangema normi loomine ei ole põhjendatud ja takistab ettevõtlust.

Praktiline probleem tekib hankelepingu ülevõtmisel uue täitja kõrvaldamise aluste puudumise kontrolli ajal, kuna tekib küsimus, et mis ajahetkega tuleks kontrollida maksuvõlgnevuste puudumist. RHS § 38 lg 1 p 4 kohaselt kohustub hankija kõrvaldama hankemenetlusest pakkuja, kellel on maksuvõlgnevus hankemenetluse algamise päeva seisuga. Kehtiv riigihangete direktiiv<sup>50</sup> sätestab hankijale õiguse aga mitte kohustuse kõrvaldada menetlusest maksude ja sotsiaalmaksete võlgnevusega pakkuja jättes täpsema rakenduskorra liikmesriigi sätestada (art 45 lg 2 punktid e ja f). Uue riigihangete direktiivi eelnõu kohaselt tuleks maksude või sotsiaalkindlustusmaksete tasumata jätmist karistada menetlusest kõrvale jätmisega kogu liidus<sup>51</sup>. Seega muutub maksuvõlgnevuse olemasolu kohustuslikuks kõrvaldamise aluseks kogu liidus, kuid kummaski direktiivis pole täpsustatud ajahetke, mis seisuga peab täitjal puuduma maksuvõlgnevus ning see sõltub üksnes riigisisestest õigusaktidest. Juhul kui hankelepingu uus täitja on asutatud hiljem kui hankemenetluse algamise päeva seisuga, siis ei ole võimalik kontrollida RHS § 38 lg 1 p 4 täitmist. Konservatiivse tõlgenduse korral tuleks sellisel juhul järeldada, et uuel täitjal eksisteerib kõrvaldamise alus, kuivõrd ei ole võimalik tõendada maksuvõlgnevuste puudumist. Samas kätkeb siin loogikaviga, kuna asutamata juriidilisel isikul ei saa olla maksuvõlgnevust ning seaduse mõte on kõrvaldada just maksuvõlgnevusega pakkujad. Seadusandja peab õigusselguse huvides direktiivi harmoneerides määratlema, mis kuupäeva seisuga on hankija kohustatud kontrollima maksuvõlgnevuste puudumist uuel hankelepingu täitjal. Sealhulgas ei saa eesmärk omaette olla maksuvõlgnevuste puudumine hankemenetluse algamise päeval. Eesmärgiks on tuvastada, et hankelepingut ei sõlmitaks pakkujaga, kellel on maksuvõlgnevus

---

<sup>49</sup> S. Treumer, p 2

<sup>50</sup> 2004/18/EÜ

<sup>51</sup> KOM (2011) 896 lõplik, p (24) ja art 55 lg 2



ning konkreetsete lähtekuupäevade sätestamine seadusesse on tehtud seaduse rakendamisel ilmnevate probleemide vältimiseks (sh lõputute õigusvaidluste lõpetamiseks seoses maksuvõlgnevustega). Hankija kontrollib uue täitja kvalifitseerimistingimustele vastavust hankelepingu ülevõtmisele eelnevalt, st kas uus täitja vastab sel hetkel hankemenetluses seatud kvalifitseerimistingimustele, mitte et kas ta hankemenetluse ajal neile vastas. Sama loogikat tuleks kasutada ka maksuvõlgnevuse puudumise tuvastamisel – oluline on, et maksuvõlgnevus puuduks sel hetkel, kui hankija teostab hankelepingu ülevõtmisele eelnevat kontrolli.

### 1.3 Hankelepingu ülevõtmise ettenägemine hankedokumentides

Pikaajaliste (nt üle 5-aastaste hanke- või raamlepingute) hankelepingute puhul võib hankija hankedokumentides ette näha hankelepingu ülevõtmise regulatsiooni. Kui tegemist on pikaajalise kuid strateegiliselt olulise lepinguga, kus täitja maksejõuetus või muud asjaolud, mis tingiks uue hankemenetluse, oleks mõistlik ette näha hankelepingu ülevõtmise regulatsioon tagamaks teenuse katkematu osutamise ning vastutuse teenuse täitmise eest.

Succhi di Frutta SpA kaasuses leidis kohus, et vältimaks hankemenetluse reeglite muutumist sisutühjaks ning lähtudes võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest peab hankija olema seotud hanketeates ja –dokumentides toodud tingimustega kuni hankelepingu täitmise lõpuni.<sup>52</sup> Hankija ei tohi peale hankelepingu sõlmimist muuta ühepoolset lepingu olulisi tingimusi kui sellise tingimuse avaldamine hanketeates oleks teinud pakkujatele võimalikuks esitada oluliselt teistsuguse pakkumise.<sup>53</sup> Käesolevas kaasuses kujunes oluline reegel, mille kohaselt kui hankija soovib jätta endale võimaluse lepingu muutmiseks, kohustub ta selle info avaldama koos detailsete reeglitega hanketeates. Üksnes sellisel juhul on kõik potentsiaalsed pakkujad teadlikud võimalikust lepingu muutmisest ja seeläbi on tagatud pakkujate võrdne kohtlemine.<sup>54</sup> Juhul kui hankija siiski muudab hankelepingut ilma sellise võimaluse sätestamiseta hanketeates, siis ei ole enam tagatud läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted.<sup>55</sup>

Rahandusministeerium on Succhi di Frutta SpA kaasusele tuginedes selgitanud, et hankelepingu muutmine on lubatud, kui hankelepingu muutmine ja vastavad detailsed reeglid,

---

<sup>52</sup> Succhi di Frutta SpA, p 115

<sup>53</sup> Samas, p 116

<sup>54</sup> Samas, p 118

<sup>55</sup> Samas, p 120-121

on hankedokumentides määratletud ning seega kõikidele huvitatud isikutele hankemenetluse algusest teada.<sup>56</sup> Tüüpilise näitena on Rahandusministeerium siinkohal välja toonud tellija reservi sätestamise hankedokumentides. “Juhul, kui hankedokumentides on olemas selge viide ehitustööde reservile, selle mahule ja rakendamise tingimustele ning kui esinevad põhjendatud asjaolud reservi kasutamiseks, on tellija reserv hankes võimalik ning selle tegelikkuses kasutusele võtmisel ei ole tegemist hankelingu muutmise juhtumiga riigihangete seaduse § 69 lg-te 3 ja 4 tähenduses.”<sup>57</sup> Tähele tuleb panna, et tellija reserv ei ole ainus juhtum, mille korral on võimalik juba hankedokumentides sätestada lepingu muutmise võimalus.

Direktiivi eelnõu artikli 72 lõige 5 toob käesolevas alapeatükis kirjeldatud reegli ka kirjutatud õigusesse:

*“Lepingu muudatusi ei käsitata lõike 1 tähenduses olulistena, kui need on hankedokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslite või -võimalustega. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või võimaluste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Nendega ei nähta ette muudatusi, millega muudetakse lepingu üldist olemust.”*

Selline säte puudub täna kehtivas RHS-is ning tuleks seega harmoneerida direktiivi ülevõtmise käigus.

#### 1.4 Muudatused ettenägematutel asjaoludel

Euroopa Liidu direktiivid ega kohtupraktika ei käsitle käesoleval hetkel hankelepingute muutmist ettenägematute asjaolude tõttu. Kirjanduses on see siiski olnud aktsepteeritud.

Hankelingu muutmist õigustav ettenägematu asjaolu reegel on kujundatud RHS-s juba selle jõustumise ajast ehk 1. maist 2007. Riigihangete seaduse § 4 lg 1 II lause kohaselt kohaldatakse hankelepingule õigusaktides vastava lepingu liigi kohta sätestatud. Lepingupooled, kes ei allu riigihangete reeglistikule naudidavad lepinguvabadust ning võivad seetõttu kokkuleppe olemasolul vabalt sõlmida lepingumuudatusi. Hankijate puhul on aga lepinguvabadus osaliselt piiratud.<sup>58</sup> Hankija kohustub lähtuma hankelingu muutmisel ka

---

<sup>56</sup> E. Karindi-Kask, lk 16

<sup>57</sup> Samas, lk 15

<sup>58</sup> K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. P 1

riigihangete seadusest, vastasel juhul muutuvad sisutühjaks hankemenetluse käigus tehtud õiguspärased otsused, mis järgivad riigihangete üldpõhimõtteid. Rahandusministeerium on selgitanud, et Eesti riigihankeõiguses pole sõlmitud hankelepingu muutmise reeglina lubatud ning muutmise saab kõne alla tulla vaid erandjuhtudel eeldusel, et on täidetud RHS § 69 lg 3 ja 4 sätestatud kumulatiivsed tingimused.<sup>59</sup>

RHS § 69 lg 3 ja 4 sätestavad, et hankija võib sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine. Hankija ei või hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

Averuslepinguteks <sup>60</sup> kvalifitseeruvatel hanke- ja kontsessioonilepingutel on alates 1. jaanuarist 2011 erisäte §69<sup>1</sup> näol, mis sätestab erinõuded ehitustööde või teenuste hankelepingust või ehitustööde või teenuste kontsessiooni hankelepingust tulenevate õiguste või kohustuste üleandmiseks. Tegemist on üle 20 aastaste lepingutega, millega kaasnevad olulised investeeringud mõlema poole poolt, mistõttu on mõistetavatel põhjustel oluline koostööprojektis osalev teine isik. Kohustuste ja õiguste üleandmise esimeseks eelduseks on pakkuja või kontsessioonääri poolne niivõrd oluline lepingurikkumine, mis annab hankijale õiguse kas leping üles öelda või sellest taganeda. Üksnes sellisel juhul saab rääkida averuslepingute üleandmisest uuele täitjale. Tavapäraste hanke- ja kontsessioonilepingute puhul sellist piiritletust tehtud ei ole.

Hankelepingu täitja muutmise situatsioonis tuleks seega Eesti riigihankeõiguse kohaselt analüüsida, kas täitja muutmata jätmise seaks ohtu hankelepinguga seatud eesmärgi

---

<sup>59</sup> Karindi-Kask, Evelin. Hankelepingute muutmise. Rahandusministeeriumi analüüs. 2012, lk 1. Kättesaadav arvutivõrgus:  
[https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf) (18.03.2013)

<sup>60</sup> Averusleping ehk avaliku ja erasektori koostöö on defineeritud RHS §-s 6<sup>1</sup>:

Avaliku ja erasektori koostöö käesoleva seaduse tähenduses on hankemenetluse, ehitustööde või teenuste kontsessiooni andmise teel sõlmitud hankelepingu alusel ehitustööde teostamine või teenuste osutamine, kus samaaegselt on täidetud alljärgnevad tingimused:

- 1) koostöö eesmärgiks on ehitustöö teostamine või teenuse osutamine avalikes huvides;
- 2) koostöö kestab vähemalt 20 aastat;
- 3) hankija ja pakkuja kasutavad ühiselt koostööks vajalikke vahendeid, näiteks asju, raha, oskusteavet, kogemust;
- 4) hankija ja pakkuja jagavad koostöö vastutust ning riske.

saavutamise ning vajadus täitjat vahetada pidi olema objektiivsel põhjustel hankijale ettenägematu. Muud alused hankelepingu muutmiseks, mille on kujundanud Euroopa Kohtu praktika, ei ole RHS-is esindatud.

Seetõttu on määravateks asjaoludeks, mida hinnata, et kas hankelepingu täitmata jätmine ohustaks täielikult või osalisel määral hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamist ning millised olid need hankijale objektiivselt ettenägematud põhjused, mis hankelepingu täitja muutmise tingivad. Samuti tuleb arvestada keeluga sõlmida lepingu muudatus, kui selles osas on võimalik sõlmida uus leping (RHS § 69 lg 4). RHS kohaselt ei ole seega täitja isikust tulenevate põhjustele *prima facie* olulisemat kaalu antud ning määravam on hankelepinguga taotletava eesmärgi ohtusattumine. Rahandusministeerium on selgitanud, et oluline on hankija hoolsuskohustus hanke ettevalmistamisel ning objektiivsetest asjaoludest tekkinud oht.<sup>61</sup>

Käesoleva töö peatükis 1.1 sai käsitletud olulise lepingumuudatuse mõistest kui üldisest standardist hankelepingu muudatuse lubatavuse kontrollimiseks. RHS ei kasuta olulise lepingumuudatuse mõistet, kuid see on tõlgendatav RHS §-st 69 lg 4, mille kohaselt on keelatud hankelepingu muutmine, kui selle eesmärgi on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega. Rahandusministeerium on oma viimases analüüsis tõdenud, et antud sätet tuleb tõlgendada kitsalt ning direktiivikonformselt võttes arvesse Pressetexti kaasuses kujunenud olulise lepingumuudatuse reeglit.<sup>62</sup> Selline tõlgendus tähendab aga, et vaatamata RHS § 69 lg-s 3 sätestatud reeglite täitmisele ei ole hankijal õigus hankelepingut muuta, kui tegemist on EL kohtupraktika kohaselt olulise lepingumuudatusega. Rahandusministeerium pakub olulise lepingumuudatuse juhul kasutada RHS § 28 lg 2 p-s 3 või lg 5 p-s 1 sätestatud väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlust<sup>63</sup>. See aga ei ole lahenduseks näiteks hankelepingu ülevõtmise legaliseerimiseks riigihangete kontekstis, kuivõrd isegi kui on tegemist mitteolulise lepingumuudatusega Pressetexti kaasuse kohaselt, siis nõuab RHS ka § 69 lg-s 3 sätestatud kriteeriumide täitmist. Autori meelest on tegemist ebamõistliku käsitlusega arvestades, et tänapäevane lepinguõigus on dünaamiline ja innovaatilise keskkonna kiirete muutuste tõttu on hankelepingu objektiivse muutmise vajadused suuremad kui eales varem. Hankelepinguga seotud eraõiguslikes suhetes tuleb loomulikult teadvustada, et riigisisel tasandil iseloomustab hankelepinguid tugev avalik huvi, nt huvi korruptsiooni

---

<sup>61</sup> E. Karindi-Kask. Lk 10

<sup>62</sup> E. Karindi-Kask, lk 11

<sup>63</sup> Samas, lk 12-13

vältida<sup>64</sup>, kuid autori meelest ei saa korruptsiooni vältimise eesmärgil eelduslikult välistada põhimõtteliselt kõiki lepingumuudatusi, kuigi selleks võivad olla pädevad sotsiaal-majanduslikud põhjused ning see tagaks esialgsest parema tulemuse nii hankija kui ka ühiskonna jaoks.

Autori hinnangul tuleks RHS § 69 lg-d 3 ja 4 tõlgendada koosmõjus EL õigusega ning kasutada lg-s 3 sätestatud piiranguid üksnes olulise lepingumuudatuse juhul. Riigihankeõiguse praktika näitab, et nii hankijad kui ka pakkujad lähtuvad Euroopa Liidu kohtupraktikas kujunenud reeglist, et keelatud või vähemalt olulise põhjendamiskohustusega on üksnes olulised lepingumuudatused. Riigihangete seadus on liiga karm ning autori meelest on põhjendamatu seadusandja otsus kehtestada Euroopa Liidu kohtupraktikast rangemad reeglid. Eesti soovib positsioneerida ennast Euroopas kui innovaatilist ja muutustele kohanevat edumeelset riiki, kuid hankelepingute muudatuste jäik reeglistik sellele eesmärgile kaasa ei aita.

Autor tooks siinkohal näite olukorrast, kus olemasolev hankelepingu täitja kohustub hankelepinguga valmistama seadmed, mis installeeritakse ehitatavasse hoonesse. Seadmete tarnetähtaeg on ehitustehnoloogilistest põhjustest tulenevalt seotud ehitustähtaegadega tagamaks kõige efektiivsema ja odavaima lahenduse seadmete paigaldamiseks ja ladustamiseks. Hankelepingu täitja teavitab aga ootamatult, et ta ei suuda seadmeid tarnida ning uue hankemenetluse korraldamiseks on jäänud liiga vähe aega. Uue hanke korraldamine tooks hankijale suure kaudse (ehituse peatumise ning sellest tulenevalt hilisema hoone kasutuselevõtu tõttu) kui ka otsese lisakulu (kallim paigaldamine, kui õige hetk paigaldamiseks on möödas). Eeldusel, et on leitud uus potentsiaalne hankelepingu täitja, kes oleks nõus valmistama ja tarnima tähtaegselt lepingutingimustele vastavad tooted, siis oleks autori arvates hankijale ja avaliku raha kasutamise efektiivsuse seisukohalt mõistlikum kui leping võetak스 üle, sest sellisel juhul on võimalik esitada pretensioone kogu töö või asja kvaliteedi suhtes uuele täitjale, kuna tema vastutab lõpptulemuse eest<sup>65</sup>. Kui hankeleping lõpetada endise täitjaga ning teha uus hange töö lõpetamiseks, siis ei vastuta uus töövõtja varem tehtud töö eest. Euroopa Liidu õiguse kohaselt tuleb aga alati analüüsida ka aluspõhimõtete täitmist antud olukorras.

---

<sup>64</sup> M.A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica IV/2010, lk 248

<sup>65</sup> Hankelepingu ülevõtmisel lähevad kõik lepingulised õigused ja kohustused kogumina ülevõtjale üle (VÕS § 179 lg 2).

Sarnaselt RHS § 69 lg-le 3 sätestatakse direktiivi eelnõus artikli 72 lõikes 6 sõnaselgelt kriteeriumid, millistel juhtudel on hankijal siiski õigus sõlmida olemasoleva pakkujaga oluline lepingumuudatus. Oluline muudatus võrreldes olemasoleva regulatsiooniga seisneb selles, et hankijad kohustuvad avaldama sellekohase info Euroopa Liidu Teatajas, mis aitab tagada info avalikkuse hankilepingute täitmise kohta. Selle sätte puhul on erisused võrgustiku hankijate puhul. Nimelt puudub võrgustiku sektori hankijatel tingimus, et mis tahes hinnatõus ei ületa 50 % esialgse lepingu maksumusest<sup>66</sup>:

*“Erandina lõikest 1 ei eelda oluline muudatus uut hankemenetlust, kui on täidetud kõik järgmised tingimused:*

*(a) muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha;*

*(b) muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust;*

*(c) mis tahes hinnatõus ei ületa 50 % esialgse lepingu maksumusest.*

*Avaliku sektori hankijad avaldavad Euroopa Liidu Teatajas teate selliste muudatuste kohta. Kõnealused teated sisaldavad VI lisa D osas esitatud teavet ja need avaldatakse kooskõlas artikliga 49.”*

Artikkel on inspireeritud kehtiva direktiivi artiklist 31(4)a<sup>67</sup>, kuid vastupidi kehtivale regulatsioonile on sellega kaetud igasugused muudatused, mitte üksnes täiendavad tööd või teenused. Samuti on asendatud nõue, et täiendavad tööd peaksid olema eraldamatud või vältimatult vajalikud, nõudega, et muudatusega ei tohi muuta lepingu üldist olemust. Seega on hankilepingu muutmise võimaldamine eelnõu kohaselt palju paindlikum kui kehtivas

---

<sup>66</sup> KOM (2011) 895 lõplik, art 82 lg 6.

<sup>67</sup> Ostjad võivad hankilepinguid sõlmida väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse alusel järgmistel juhtudel: ehitustööde riigihankilepingute ja teenuste riigihankilepingute puhul:

seoses täiendavate ehitustööde või lisateenustega, mida algselt kavandatud projekt või esialgselt sõlmitud leping ei sisaldanud, kuid mis ettenägematu asjaolu tõttu osutusid vajalikuks projektis või lepingus kirjeldatud tööde teostamiseks või teenuste osutamiseks, tingimusel, et leping sõlmitakse ettevõtjaga, kes kõnealust tööd teostab või kõnealust teenust osutab:

- kui täiendavaid ehitustöid või lisateenuseid ei saa tehnilistel või majanduslikel põhjustel esialgselt lepingust eraldada, ilma et see tooks ostjale kaasa olulisi ebamugavusi,

või

- kui kõnealuseid töid või teenuseid on võimalik esialgselt lepingust eraldada, kuid need on selle täitmiseks siiski vältimatult vajalikud.

Täiendavate ehitustööde või lisateenuste kohta sõlmitud lepingute kogumaksumus ei tohi siiski ületada 50 % esialgse lepingu maksumusest;

direktiivis.<sup>68</sup> Samuti kohustub hankija hankelepingu muudatuse sõlmimisest teada andma Euroopa Liidu Teataja kaudu.<sup>69</sup>

Riigihangete seadusesse tuleb sisse viia kõik direktiivi eelnõu artiklis 72 toodud hankelepingu muutmise alused ning loobuda RHS § 69 lg-s 3 toodud kriteeriumite üliluslikkusest. Ettenägematud muudatused, mille tegemata jätmine ohustab hankelepinguga taotletud eesmärki, on vaid üks muutmise alus mitmest. Normitehnika nõuetest tulenevalt tuleks luua täiesti uus paragrahv riigihangete seadusesse, mis käsitleb hankelepingute muutmist.

Eelnõus ka põhjendatakse ettenägematu asjaolu tõttu lepingu muudatuse lubatavust: “Avaliku sektori hankijaid võivad mõjutada välised asjaolud, mida nad lepingu sõlmimise ajal ei osanud ette näha. Sellisel juhul on vaja teatavat paindlikkust, mis võimaldaks lepingut selliste asjaoludega kohandada ilma uue hankemenetluseta. Ettenägematute asjaolude all mõistetakse asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel. Selle all ei mõisteta siiski olukorda, kus lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu hanke olemus – kui näiteks hanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või hanke liiki oluliselt muudetakse –, sest sellisel juhul võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusele.”<sup>70</sup>

Eelnõus on sõnastatud hankija keeld sõlmida hankelepingu muudatus, kui selle eesmärgiks on heastada töövõtja tegevuses esinevaid või selle tagajärjel tekkinud puudusi, mida saab heastada lepinguliste kohustuste jõustamisega.<sup>71</sup> See tähendab, et hankijad peaksid kasutama seaduses ette nähtud õiguskaitsevahendeid mitte nõustuma töövõtja töös esinevate puudustega. Õiguskirjanduses on selgitatud, et sellise piirangu taustaks on potentsiaalsete konkurentide huvidega arvestamine. S. Treumer väidab, et on vaieldav, kas see konkreetne säte on kooskõlas hetkel kehtiva ühenduse õigusega ning võibolla peaks kaaluma paindlikuma regulatsiooni kehtestamist. Treumer pakub isegi, et läbirääkimiste käigus tõenäoliselt

---

<sup>68</sup> S. Treumer. P 4.2.

<sup>69</sup> Direktiivi detailsed ja ranged reeglid kehtivad üksnes rahvusvahelist piirmäära ületavatele riigihangetele. Tõenäoliselt võetakse sarnane kohustus ka üle riigihangete seadusesse hankelepingute suhtes, mis ületavad kas liht- või riigisisese hanke piirmäära kohustades avaldada teate muudatuse kohta riiklikus riigihangete registris.

<sup>70</sup> KOM (2011) 896 lõplik, lk 25, p (46)

<sup>71</sup> KOM (2011) 896 lõplik, art 72 (7)

vaidlustatakse käesolev säte ning lõplik tulemus ei ole tegelikult teada.<sup>72</sup> Siinkohal tasub märkida, et selle artikli punkt b osas on erisused kontsessioonilepingute eelnõus võrreldes avaliku ja võrgustiku sektori hankijate eelnõus<sup>73</sup>.

Hankelepingu ülevõtmine ettenägematutel asjaoludel on seega võimalik nii Euroopa Liidu kui RHS-i kohaselt, kuid seda piiravad Euroopa Liidu õiguse puhul hankija kohustus tõendada enda hoolsuskohustuse täitmist ning RHS-i puhul peale hoolsuskohustuse ka ohukriteeriumi täitmist.

## 1.5 Õigusvastase hankelepingu ülevõtmise õiguslikud tagajärjed

### 1.5.1. Õigusvastase hankelepingu ülevõtmise tühisuse tuvastamine

Juhul kui konkurent leiab, et hankija on lubamatult nõustunud hankelepingu ülevõtmisega ehk teinud õigusvastase otsuse, siis on huvitatud isikul õigus RHS § 117 lg 1 ja lg 2<sup>2</sup> p 3 alusel vaidlustada hankeleping, kui hankija ei ole esitanud hanketeadet ja selle esitamata jätmine ei olnud vastavalt käesolevale seadusele lubatud, samuti kui hankija ei ole esitanud vabatahtlikku teadet ega tähtaegselt riigihanke aruannet. Vaidlustus tuleb esitada kuue kuu jooksul peale hankelepingu ülevõtmist (RHS § 121 lg 1<sup>3</sup>).

Hankelepingu ebaseadusliku muudatuse vaidlustamise õigus on Riigikohtu hinnangul Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt ka isikul, kes pakkumust ei esitanud, kuid oleks pakkumisel osalenud juhul, kui hanke- või kontsessioonilepingusse muudatusega sissetoodud tingimused olnuks ette nähtud esialgses pakkumismenetluses. Selleks peab isik siiski tõendama oma reaalsel huvi pakkumises osalemise vastu.<sup>74</sup>

Kaasuses Komisjon vs Saksamaa leidis kohus, et EÜ asutamislepingust ja riigihankedirektiividest tulenevaid aluspõhimõtteid rikkuv leping peab olema tühistatav (lõpetatav). Vastasel juhul ei ole hankija tegevus kolmandate isikute suhtes pärast selliste lepingute sõlmimist ühenduse õigusega kooskõlas.<sup>75</sup> Kui leping ise on sõlmitud kooskõlas üldpõhimõtetega, kuid lepingu muutmine on vastuolus ühenduse õigusega, siis peaks vastav

---

<sup>72</sup> S. Treumer. p 3

<sup>73</sup> Kontsessioonilepingute eelnõu, art 42 lg 7 (b): kui muudatuse eesmärk on hüvitada hinnatõusu riske, mis tulenevad hinnakõikumisest ja mis võivad mõjutada lepingu täitmist ning mille kontsessioonäär on maandanud.

<sup>74</sup> 3-3-1-31-11, p 18

<sup>75</sup> Komisjon vs Saksamaa, p 33 ja viidatud kohtupraktika



muudatus olema tühistatav. See reegel toodi ühenduse kirjutatud õigusesse õiguskaitsemeetmete direktiivi muutmise direktiiviga nr 2007/66/EÜ<sup>76</sup>.

Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vaheline erikogu on 20. detsembril 2001. a haldusasjas nr 3-3-1-8-01<sup>77</sup> tehtud määruse p-s 18 selgitanud, et põhiseaduse § 15 lg-st 1 tulenevalt peab isikul olema võimalus end kaitsta ka sellisel juhul, kui avaliku võimu kandja tehtud eraõigusliku tehinguga on rikutud tema subjektiivseid avalikke õigusi. Õiguskaitse efektiivsust kahjustavaks tuleb lugeda olukord, kus isikul on õigusharude läbipõimumise tõttu raske oma õigust realiseerida. Kui avalik-õiguslikus menetluses tehtud haldusakt realiseeritakse eraõigusliku tehinguga, on isikul tema subjektiivsete õiguste rikkumisel õigus taotleda halduskohtus avaliku võimu kandja haldusakti tühistamist. Isikul, kes ei ole tehingu pooleks, ei ole üldjuhul võimalik taotleda haldusakti alusel sõlmitud eraõigusliku tehingu tühisuse tuvastamist.<sup>78</sup>

Riigikohtu haldus- ja tsiviilkolleegiumi vaheline erikogu on haldusasjas nr 3-3-1-15-01 tehtud otsuse p-s 16 väljendanud seisukohta, et tsiviilõigusliku tehingu tühisuse kindlakstegemine halduskohtus pole välistatud, kui see on vajalik haldusakti või haldusorgani toimingu peale esitatud kaebuse läbivaatamisel. Kui teine lepingupool on kaasatud haldusasja läbivaatamisele, siis on see kohtulahend siduv ka temale.“ Kohtuotsuse resolutsioonis halduskohus haldusaktiga seotud tehingu tühisust üldjuhul siiski tuvastada ei tohi. Erandina on see võimalik juhtudel, kui selline volitus tuleneb otseselt eriseadusest.<sup>79</sup>

Selliseks eriseaduseks tuleks lugeda riigihangete seadust ning Euroopa Kohtu praktikast tulenevaid printsiipe. Riigikohtu halduskolleegium selgitas 27. oktoobri 2010. a otsuse nr 3-3-1-66-10 p-s 19, et erandina saab halduskohus tuvastada tsiviilõigusliku tehingu tühisuse kohtuotsuse resolutsioonis. Selline õigus on halduskohtul juhul, kui nõutavat hankemenetlust pole läbi viidud ning sõlmiti otseleping ning sõlmitud leping ei oma üksnes tsiviilõiguslikku

---

<sup>76</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst). *ELT L 335, 20.12.2007, lk 31–46*. Täpsemalt hankelepingu ebaseadusliku muutmise õiguslikest tagajärgedest vt p 1.5

<sup>77</sup> Tartu Linnavolikogu erikaebus Tartu Ringkonnakohtu 12. detsembri 2000. a. määruse peale haldusasjas nr. II-3-146/2000 MTÜ Tartu Kaasaegse Viievõistluse Klubi Pentathlon kaebuses Tartu Linnavolikogu otsuse tühistamiseks.

<sup>78</sup> TlnRK 3-09-1612 (KPA Unicon OY kaebus Riigihangete Ameti vaidlustuskomisjoni 20. juuli 2009. a otsuse ja hankija AS Kohtla-Järve Soojus 28. mai, 18. juuni ja 16. juuli 2009. a otsuste õigusvastaseks tunnistamiseks ning AS Kohtla-Järve Soojus ja AS Nordecon International vahel sõlmitud hankelepingu tühisuse tuvastamiseks), p 10

<sup>79</sup> 3-3-1-15-01, p 36

iseloomu, vaid lepinguline suhe omab mõju nii konkurentsile kui ka kolmandatele isikutele, seda pika aja vältel<sup>80</sup>.

RHS § 4 lg 2 kohaselt ei mõjuta seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine hankelepingu kehtivust, kui riigihangete seaduses ei ole sätestatud teisiti. Hankelepingu tühisuse alusel on määratletud RHS § 69 lg-tes 1 ja 1<sup>1</sup>, mille kohaselt on hankeleping tühine, kui on rikutud 14-päevast ooteaja nõuet, hankeleping on sõlmitud ilma hanketeadet avaldamata, hanketeade ei ole edastatud Euroopa Ühenduse Väljaannete Talitusele, kuigi oli nõutav või väljakuulutamisetähtaajaga hankemenetluse korral ei ole hankija pärast hankelepingu sõlmimist tähtaegselt esitanud registrile riigihanke aruannet koos põhjendustega nimetatud hankemenetluse kasutamise kohta. Erinevalt TsÜS § 84 lg-le 1, mille kohaselt ei oma tühine tehing algusest peale õiguslikke tagajärgi, on vaja hankelepingu tühisust tuvastada vastavalt riigihangete seaduses sätestatule (RHS § 69 lg 1<sup>3</sup>). Üldise tsiviilõigusliku lepingu tühisus ei vaja eraldi tuvastamist kohtuotsuse või muu organi näol. Vastavad riigihangete seaduse sätted tulenevad õiguskaitse direktiivi muutvast direktiivist 2007/66/EÜ.<sup>81</sup> Direktiivi preambula punktis 13 selgitatakse, et võitlemaks ebaseaduslike otselepingute sõlmimise vastu, mida Euroopa Kohus on nimetanud riigihankeid käsitlevate ühenduse õigusaktide kõige tõsisemaks rikkumiseks telliva asutuse või ostja poolt, tuleks ette näha tõhusad, proportsionaalsed ja hoiatavad karistused. Seetõttu tuleks ebaseadusliku otselepinguna sõlmitud leping tunnistada põhimõtteliselt tühiseks. Tühisus ei peaks olema automaatne, vaid selle peaks kindlaks tegema sõltumatu läbivaatamisasutus või see peaks tulenema sõltumatu läbivaatamisasutuse otsusest. Punktis 14 selgitatakse, et tühiseks tunnistamine on kõige tõhusam viis konkurentsi taastamiseks ja uute äriühingute loomiseks neile ettevõtjatele, kellelt on ebaseaduslikult võetud võimalus konkureerida. Kuigi direktiiv räägib peamiselt uute otselepingute sõlmimisest ilma eelneva avalikustamiseta, siis on direktiivis sätestatud õiguskaitsemeetmed printsipis rakendatavad ka sellise hankelepingu muutmise osas, mis oleks eeldanud uue hankemenetluse korraldamist<sup>82</sup>. Tühiseks võivad osutuda riigihanke piirmäära ületavad tavaliste hankelepingute või ka teenuste või ehitustööde kontsessioonilepingute muudatused.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> TlnRK 3-09-1612 p 11

<sup>81</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. ELT L 335, 20.12.2007, lk 31—46

<sup>82</sup> M.A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. *Juridica II*/2011. Lk 99

<sup>83</sup> Samas

Succhi di Frutta ja Pressetexti kaasuse koosmõjus tuleb riigihangete direktiive tõlgendada viisil, et olulise lepingumuudatuse puhul tuleks reeglina korraldada uus hankemenetlus. Kui hankija on sõlminud olulise lepingumuudatuse ilma seda õigustavate põhjendusteta, mis oleksid kooskõlas EL aluspõhimõtetega, siis on tegemist ebaseadusliku otselepinguga. Sellisel juhul on hankelingu täitja muutmine kui hankelingu oluline muudatus vaidlustatav huvitatud isikute poolt siseriiklikus õiguses ettenähtud korras. Üldised hankelingu tühisuse alused kohalduvad ka lepingu muutmise korral<sup>84</sup>. Samuti võib hankelingu muutmise tühisuse tingida korruptiivne tehing, millisel juhul ei ole hankelingu muudatus tühistatav RHS sätetete vaid TsÜSi alusel kui seadusega vastuolus olev tehing.<sup>85</sup>

Riigihangete seadus sätestab Euroopa Liidu õiguse ja Euroopa Kohtu praktikaga vastuoluliselt, et seaduses toodud hankelingu muutmise nõuete rikkumine ei mõjuta hankelingu kehtivust (§ 69 lg 5). Nimetatud säte on ebaselge sõnastusega, kuna grammatilise ja kitsa tõlgenduse puhul saaks väita, et Eesti ei täida direktiiviga pandud kohustusi otselepingute tühistamise võimalikkuse osas, kuivõrd lepingu muudatusena vormistatud otseleping ei saaks justkui tühistatav olla. Kuna siseriiklikku õigust tuleb tõlgendada direktiivikonformselt, siis tuleb järeldada, et hankelingu muudatused, mis ei kujuta endast olulist lepingumuudatust, mis rikuksid EL aluspõhimõtteid, kuid mis on siiski sõlmitud vastuolus RHS-is sätestatud nõuetega, on kehtivad. Autori hinnangul tuleks antud seadusesätet muuta tagamaks õigusselgus ja arusaadavus. Õiguskirjanduses on soovitatud kaotada riigihangete seaduses praegu sisalduv hankelingu kehtetuse keeld ja selle asemel tuvastada lepingu või lepingumuudatuse kehtivus tsiviilõiguse üldreeglitele tuginedes.<sup>86</sup>

Uues riigihanke direktiivi eelnõus<sup>87</sup> on juba käsitletud ka lepingute lõpetamise regulatsiooni. Eelnõu artikli 73 kohaselt peavad liikmesriigid ette nägema siseriikliku õiguse lepinguõigusesse tingimused, mille kohaselt saaks hankija lõpetada hankelingu selle kehtivusaja jooksul, kui hankelingu muudatus kujutab endast uut hankelingu direktiivi mõistes (punkt b) või kui Euroopa Liidu Kohus leiab aluslepingu artikli 258 kohase menetluse

---

<sup>84</sup> M.A. Simovart, doktoritöö. Lk 160

<sup>85</sup> Samas. Autor viitab ka konkreetsetele sätetele avaliku teenistuse seaduses ja korruptsioonivastases seaduses, kuid tänaseks on vastavad seadused kehtetuks tunnistatud ning välja kuulutatud uued seadused. Uutes seadustes puuduvad sätted, mis viitaksid otseselt tehingute tühisusele. Korruptsioonivastase seaduse seletuskirjas on aga selgitatud järgmist: Erinevalt kehtiva KVS § 24 lõikest 4 ei näe eelnõu ette, et toimingupiirangut rikkudes tehtud otsus või tehing on tühine. Kuna ametiisiku toimingu õigusjõud või kehtivus sõltub ametiisiku pädevusest seda toimingut teha ja toimingupiirang seisneb nimelt keelus vastavat toimingut teha, on selle õigusvastasus ilmne. (Korruptsioonivastase seaduse eelnõu seletuskiri, 192 SE. Lk 24)

<sup>86</sup> M.A. Simovart, doktoritöö. Lk 160

<sup>87</sup> KOM (2011) 896 lõplik

alusel, et liikmesriik on jätnud aluslepingute kohased kohustused täitmata, kuna kõnealuse liikmesriigi avaliku sektori hankija on sõlminud kõnesoleva lepingu, jättes aluslepingutest ja käesolevast direktiivist tulenevad kohustused täitmata (punkt c). Direktiivi eelnõu inglisekeelses versioonis on kasutatud väljendit “*to terminate during its term*”. Seda tuleks mõista kui hankija ühepoolset õigust lepingu lõpetamiseks. VÕS annab teatud kriteeriumide täitmisel lepingu poolele õiguse ühepoolset lepingust taganeda (ühekordse sooritusega lepingu puhul) või see üles öelda (kestvuslepingute puhul). Direktiivi konkreetne säte tuleks autori hinnangul harmoneerida Eesti õigusesse andes hankijale õigus lepingust taganeda või üles öelda direktiivis toodud alustel. Kuivõrd direktiiv näeb ette, et lepingu lõpetamise aluse peab ette nägema lepinguõiguses, siis tuleks Eestis norm üle võtta võlaõigusseadusesse.

Lepinguõigusest tulenev alus hankilepingu või selle muudatuse ülesütlemiseks või sellest taganemiseks annab hankijatele võimaluse tagada riigihanke üldpõhimõtete efektiivne täitmine, kui on sõlmitud ebaseaduslik lepingumuudatus. Eelpool kirjeldatud kaasuses Komisjon vs Saksamaa väitis Saksamaa enda kaitseks, et Saksamaa siseriiklikus lepinguõiguses puudub norm, mille alusel ta saaks EL aluspõhimõtteid rikkuva lepingu üles öelda ning see oleks vastuolus õiguskindluse põhimõtte, õiguspärase ootuse ja põhimõttega *pacta sunt servanda*.<sup>88</sup> Kohtu jaoks oli tegemist ebaadekvaatse argumendiga, kuna isegi kui eeldada, et lepingupartner võib lepingu ülesütlemise korral vaidluses tellijaga tugineda nimetatud põhimõtetele ja õigusele, ei saa liikmesriik mingil juhul seda asjaolu kasutada, et õigustada EÜ artikli 226 alusel liikmesriigi kohustuste rikkumise tuvastanud kohtuotsuse täitmata jätmist ning seeläbi pääseda oma vastutusest, mis tuleneb ühenduse õigusest.<sup>89</sup> „Liikmesriik ei saa tugineda oma õiguskorras kehtivatele sätetele, valitsevale praktikale või olukorrale, et õigustada ühenduse õigusest tulenevate kohustuste täitmata jätmist.“<sup>90</sup> Uue riigihanke direktiivi eelnõus sätestatud lepinguõiguslik instrument ühenduse õigusega vastuolus oleva lepingu ülesütlemiseks on autori hinnangul samm edasi siseriikliku lepinguõiguse allutamisele ühenduse riigihankeõigusele.

Juba praegusel hetkel on Eestis võimalik peale RHS § 69 lg 1 ja 1<sup>1</sup> sätestatud alustele kaaluda hankilepingu või selle muudatuse tühisust TsÜS § 87 alusel, jättes kohaldamata RHS §4 lg 2 kui lepingu sõlmimisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56. Kui lähtuda tõlgendusest, et tühisuse alused on piiratud üksnes RHS § 69 lg-tega 1 ja 1<sup>1</sup>, ei pruugi selline lähenemine

---

<sup>88</sup> Komisjon vs Saksamaa, 2007 p 31

<sup>89</sup> Samas, p 36

<sup>90</sup> Samas, p 38

alati vastata Euroopa Kohtu praktikas kujundatud seisukohtadele, et kui riigihanke korraldamisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56, peab sellisele olulisele rikkumisele vastanduma tõhus kohtulik õiguskaitsevahend. Tühisuse saab tuvastada, kui riigihangete seaduse rikkumine toob kaasa tühisuse tuvastamise nõude esitaja õiguste rikkumise.<sup>91</sup> Tuginedes Riigikohtu ja Euroopa Kohtu praktikale on võimalik mööda minna RHS § 4 lg 2 regulatsioonist, mistõttu on M.A. Simovart oma artiklis soovitanud seadusest kaotada selle sisutühja sätte ning juhendada vastavalt asjaoludele kas riigihangete seaduse eriregulatsioonist või tsiviilseadustiku üldosa normidest.<sup>92</sup>

Vaidlustuskomisjon võib RHS § 126 lg 1<sup>2</sup> p 2 alusel jätta hankelepingu muudatuse jõusse, kui selleks on oluline avalik huvi ning üksnes lühendada hankelepingu tähtaega. Olulise avaliku huviga seotud põhjused ei ole asjaomase hankelepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid. Hankelepinguga otseselt seotud majanduslike huvide hulka kuuluvad muu hulgas hankelepingu täitmise edasilükkumisest, uue hankemenetluse alustamisest, hankelepingut täitva pakkuja vahetamisest tulenevad kulud ja hankelepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulud. Majanduslikke huve võib pidada olulise avaliku huviga seotud põhjuseks üksnes siis, kui erandlikel juhtudel kaasneksid hankelepingu tühisuse tuvastamisega ebaproportsionaalsed tagajärjed (RHS § 126 lg 1<sup>3</sup>)<sup>93</sup>.

Riigihanke seadusega vastuolus olev oluline lepingumuudatus, mis nõuab uut riigihanke korraldust, kujutab endast olulist riski ühinemiste ja ülevõtmiste protsessis, kuivõrd omandatud ettevõtte väärtuse määrab ka kehtivate hankelepingute koosseis ja sellest oodatav tulu. Juhul kui konkurent vaidlustab edukalt ühinemiste ja ülevõtmiste teel ülevõetud hankelepingu legaalsuse riigihanke kontekstis, siis on kohustus hankeleping tagasi täita. S.t. et tuleb taastada esialgne olukord, kuid ühinemiste ja ülevõtmiste protsessis võib see tähendada olulist takistust ning ärihuvi kaotamist tehingu lõpetamiseks. Ehitussektori ettevõtetel (ehitus- ja projekteerimisettevõtted) on hankelepingute maht võrreldes lepingute kogumahuga kindlasti suurem kui teiste sektorite ettevõtetel ning hankelepingud võivad moodustada peamise osa ettevõtte käibest. Seetõttu on ka täitjate parimates huvides analüüsida hoolikalt hankelepingu ülevõtmise seaduslikkust enne nende üleandmist tagamaks hankelepingute kehtivuse ja oodatava tulu.

---

<sup>91</sup> RKO 3-3-1-39-12 (Ühispakkujate Transiidikeskuse AS ja AS Muuga CT vaidlustused AS Tallinna Sadam poolt riigihankes "Operaatori leidmine Muuga sadama konteinerterminali laiendamiseks" sõlmitud hoonestusõiguse seadmise lepingu ja koostöölepingu tühisuse tuvastamiseks), p 24

<sup>92</sup> M.A. Simovart, 2011. Lk 99

<sup>93</sup> Norm põhineb direktiivi 2007/66/EÜ artiklil 2d lg 3

### 1.5.2 Hankija avalik-õiguslik vastutus

Ebaseadusliku hankelepingu muudatusega kaasneb hankijale või tema esindajale vastutus väärteo korras RHS § 111 lg 3 p 3 alusel, mille kohaselt on õigus määrata rahatrahv kuni 300 trahviühikut (nt vastutavale isikule) või kuni 3200 eurot, kui rikkumise on toime pannud juriidiline isik (rikkumine on omistatav hankijale kui juriidilisele isikule). Karistusseadustiku<sup>94</sup> (Kars) § 14 lg 1 kohaselt vastutab juriidiline isik seaduses sätestatud juhtudel teo eest, mis on toime pandud tema organi, selle liikme, juhtivtöötaja või pädeva esindaja poolt juriidilise isiku huvides. Kuid sama paragrahvi lg 3 välistab hankija kui juriidilise isiku väärteokorras vastutusele võtmise, kui hankijaks on riik, kohalik omavalitsus või avalik-õiguslik juriidiline isik. Seega saab väärteokorras vastutusele võtta üksnes füüsilise isiku, kes on süüliselt toime pannud väärteo. See aga ei kehti sihtasutustest, mittetulundusühingutest või muudest eraõiguslikest isikutest hankijate kohta, kes on määratletud RHS § 10 lg 1 p-des 4-6 või võrgustiku sektori hankijate kohta, eeldusel, et nad ei ole KarS § 14 lg-s 3 määratletud isikud. Riigihangete seaduse mõtte kohaselt on sellise erisuse tegemine ebaloogiline, kuna kõikidele avalikele ja võrgustiku hankijatele kehtivad riigihangete seadusest tulenevad nõuded (mis küll sisult erinevad võrreldes avaliku ja võrgustiku sektori hankijat), mille riigipoolne tagamine peaks toimuma samaväärsete meetmete abil. Ebavõrdsus tekib olukorras, kus näiteks kohaliku omavalitsuse asutuse esindaja teeb hankija huvides otsuse, mis on vastuolus riigihangete korraldamise reeglitega, kuid vaatamata millele ei ole võimalik vastutusele võtta hankijat vaid üksnes esindajat kui füüsilist isikut. Kui selline olukord on aga näiteks selle sama kohaliku omavalitsuse poolt asutatud sihtasutuses, siis on võimalik vastutusele võtta sihtasutus kui juriidiline isik.

KarS näeb ette ka kuriteokoosseisu riigihangete alaste kuritegude eest. Nimelt sätestab § 300, et riigihangete konkursil ühele osalejatest põhjendamatute soodustingimuste või eeliste loomise või muul viisil riigihangete teostamise nõuete rikkumise eest, kui sellega on tekitatud oluline varaline kahju, – karistatakse rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega. Süüteo eest ei ole ette nähtud vastutust juriidilisele isikule, mistõttu vastutab antud koosseisu toimepanemise eest üksnes ametiisik, kes on oma õigusvastase otsuse tõttu tekitanud olulise varalise kahju (kahju, mis ületab kehtivat palga alammäära ühes kuus kümnekordselt<sup>95</sup>). Hankelepingu õigusvastase ülevõtmise puhul on täidetud koosseisu nõue riigihangete

<sup>94</sup> RT I 2001, 61, 364... RT I, 17.04.2013, 8

<sup>95</sup> Karistusseadustiku rakendamise seaduse § 8 p 1. RT I 2002, 56, 350... RT I 2007, 13, 69

teostamise nõuete rikkumise kohta, kuid raske on tõendada selle teoga põhjustatud olulist kahju. Kahju tõendamise ja tekkimise aspekt tuleb käsitleda järgmises alapunktis.

### 1.5.3. Kahju hüvitamise taotlus

Hankija õigusvastase otsusega tekitatud kahju hüvitamise taotluse õigus tekib huvitatud isikul RHS § 117 lg 3 ja riigivastutuse seaduse<sup>96</sup> (edaspidi RVastS) § 7 lg 1 koostoimes. Hankelepingu sõlmimisega või muutmisega hankija poolt tekitatud kahju hüvitamiseks võib huvitatud isik esitada taotluse hankijale riigivastutuse seaduses sätestatud korras, taotluse vaidlustuskomisjonile käesolevas seaduses sätestatud korras või kaebuse halduskohtule (RHS § 129 lg 1). Seega võib konkurent ebaseadusliku hankelepingu muutmise, sh hankelepingu ülevõtmise, tõttu tekkinud kahju hüvitamisel valida foorumi, kus tema nõuet menetletakse. Kahju hüvitamise taotluse võib riigihangete vaidlustuskomisjonile esitada ühe aasta jooksul hankelepingu sõlmimisest arvates (RHS § 121 lg 5). RVastS alusel võib nõude esitada 3 aasta jooksul alates hetkest, mil isik pidi teada saada oma õiguste rikkumisest aga mitte hiljem kui 10 aasta jooksul (§ 17 lg 3), kuid RHS § 121 lg 5 ja RVastS § 2 lg 2 koostoimes on riigihankemenetluses kahju hüvitamise nõude esitamise tähtaeg üks aasta alates hankelepingu sõlmimisest. Kahju hüvitamist on võimalik nõuda üksnes siis, kui kahju ei olnud võimalik vältida ega ole võimalik kõrvaldada RVastS §-des 3, 4 ja 6 sätestatud viisil õiguste kaitsmise või taastamisega (RVastS § 7 lg 1).<sup>97</sup> Kuna RHS-i kohaselt on võimalik nõuda hankelepingu tühisust 6 kuu jooksul peale selle sõlmimist, siis ei ole võimalik peale seda tähtaega konkurendi õigusi kaitsta ega taastada ning konkurendil ei jäägi muud üle kui nõuda kahju hüvitamist.

Lisaks hankijapoolsele õigusrikkumisele tuleb kahju väljamõistmise eeldusena tuvastada selle õigusrikkumise põhjuslik seos hankelepingu sõlmimata jäämisega kahju hüvitamise taotlejaga<sup>98</sup>. Avaldamata hankelepingu sõlmimisel on konkurendi kahjuks saamata jäänud tulu olukorras, mida ta oleks võinud teenida, kui hankeleping oleks sõlmitud temaga. Pakkumuse ettevalmistamiseks ei ole huvitatud isik kulutusi teinud ega otsest varalist kahju kandnud, kuivõrd avalikku pakkumusmenetlust ei toimunud (RHS § 115 lg 1). Vaidlustuskomisjon on

---

<sup>96</sup> RT I 2001, 47, 260... RT I, 13.09.2011, 11

<sup>97</sup> TlnHK, 3-12-2076 (OÜ SAN-Korpus kaebus Sotsiaalministeeriumi otsusele nr 9.10-1.108/2835-3 hüvitise väljamõistmise nõudes), p 26

<sup>98</sup> Riigihangete Vaidlustuskomisjon, 12.2-9/10701, 21.06.2011 (KPA Unicon OY taotlus AS-i Kohtla-Järve Soojus riigihankes „Ahtme SEJ rekonstrueerimine. Tipukoormuse katlamaja” (registri number 106487) hankija õigusvastase tegevusega tekitatud kahju hüvitamiseks), p 14

selgitanud, et RHS § 115 lg 1 ja § 117 lg 3 vahe seisneb selles, “Hankija poolt RHS-is sätestatud menetluskorra rikkumise korral saab taotleda RHS § 115 alusel kulude hüvitamist mitte üksnes siis, kui hankelepingsõlmimata nagu tuleneb RHS § 117 lg-st 3, vaid ka siis, kui hankelepingsõlmimine oleks olnud tõenäoline. Sellise kulude hüvitamise taotluse lahendamisel ei pea vaidlustuskomisjon kindaks tegema seda, et just Taotlejaga oleks hankelepingsõlmitud, vaid tuvastama hankelepingsõlmimise tõenäosuse.”<sup>99</sup> Praktikas võib osutuda äärmiselt raskeks põhjusliku seose põhistamine, kuna isegi kui oleks tehtud uus avatud menetlus mitte lepingumuudatus olemasoleva lepingupartneriga, siis ei saa olla kindel, et just kahju hüvitamist taotlev isik oleks selle menetluse ka võitnud. Täitmata jääb *conditio sine qua non* vormel. Põhjusliku seose tõendamine on lihtsam olukorras, kus menetlus on tehtud, pakkumused on saabunud, kuid hankija õigusvastase tegevuse tõttu tunnistatakse konkreetne pakkuja edukaks vääradel alustel ning teine pakkuja vaidlustab vastava otsuse.

Kui põhjusliku seose tõendamist pidada väheoluliseks, siis saaks kahju hüvitamise taotluse esitada iga potentsiaalne antud valdkonna ettevõtja, kes saaks väita, et on kandnud kahju seetõttu, et hankija on sõlminud sisult uue otselepingsõlmimata nagu tuleneb RHS § 117 lg-st 3 olemasoleva lepingupartneriga.

Vaidlustuskomisjon on sedastanud, et „RHS § 117 lg-st 3 tulenev kahju väljamõistmise eeldus, et Hankija õigusvastane otsus, dokument või toiming oli isikuga hankelepingsõlmimata jäämise põhjuseks, ei saa olla täidetud tingimusega, et ilma vaidlusaluse õigusrikkumiseta oleks hankelepingsõlmitud muul põhjusel õigusvastaselt. Lisaks tuleneb RHS § 117 lg 3 sõnastusest, et hankelepingsõlmimine kahju hüvitamise taotlejaga oleks ilma õigusrikkumiseta pidanud olema kindel või väga tõenäoline. Olukorras, kus hankelepingsõlmimine kahju hüvitamise taotlejaga oleks olnud võimalik üksnes eeldusel, et kahju hüvitamise taotleja oleks oma pakkumust muutnud ja tõenäoline üksnes täiendaval eeldusel, et edukas pakkuja samal ajal oma pakkumust samal viisil muutnud ei oleks, ei ole piisava tõenäosuse nõue täidetud. Vaidlustuskomisjoni hinnangul ei saa seetõttu lugeda täidetuks kahju väljamõistmise vältimatut eeldust, et ilma käesoleva otsuse punktis 12 tuvastatud õigusrikkumiseta oleks hankelepingsõlmitud KPA-ga [kahju hüvitamise taotlejaga – autori märkus].“<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Riigihangete Vaidlustuskomisjon, 12.2-9/14024, 27.02.2013 (Ühispakkujad Teehoolduse Grupp OÜ ja Teehoolduse OÜ (endine ärinimi Teho Eesti Teehooldus OÜ) Võru Linnavalitsuse poolt riigihankes „Võru linna teede ja tänavate hooldus- ja korrashoiutööd“ (viitenumber 126583) ühispakkujatele Teehoolduse Grupp OÜ ja Teehoolduse OÜ tekitatud kahju hüvitamiseks), p 11.2

<sup>100</sup> Samas



Seega on õigusvastase hankelepingu ülevõtmise korral kahju hüvitamise nõude rahuldamine kehtiva RHS alusel printsiibis äärmiselt raske kui mitte võimatu ning tegemist on illusoorse õigusega. Kitsaskohaks on nõue, et kahju hüvitamist taotleb isik peab suutma tõendada, et hankija õigusvastase otsuseta oleks hankeleping just temaga sõlmitud. Siin aga kätkeb võimalik vastuolu EL õiguskaitse direktiividega<sup>101</sup>, kuid mille uurimine väljub käesoleva magistritöö raamidest ning võiks olla tulevaste uurimistööde teemaks.

## 1.6 Vahekokkuvõte

Hankemenetluse ajal ning hankelepingu täitmisel ja selle muutmisel tuleb Euroopa Liidu kohtupraktika kohaselt järgida Euroopa Liidu asutamislepingust tulenevaid aluspõhimõtteid, eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtet. Euroopa Liidu kohtupraktika on nendest põhimõtetest tuletanud, et oluline lepingumuudatus nõuab uut riigihankemenetlust. Lepingumuudatus on oluline kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti; lepingu mahtu suurendatakse märkimisväärselt lisades sinna uusi teenuseid või asju; lepinguline tasakaal on hanketeates kirjeldamata viisil kallutatud hankija kahjuks. Uus riigihangete direktiiv ei too hankelepingu muutmise osas olulisi muudatusi võrreldes kehtiva dogmaatikaga. Õigusselguse eesmärgil on tervitatav sätete sõnastamine direktiivi tasemel ning nende alusel siseriiklike õigusaktide kooskõlla viimine kehtiva kohtupraktikaga.

Riigihangete seaduse kehtiv tõlgenduspraktika arvestab teatud määral samuti olulise lepingumuudatuse reeglile. Rahandusministeeriumi tõlgenduse alusel on võimalik mitteolulisi lepingumuudatusi sõlmida üksnes siis, kui esinevad RHS § 69 lg-s 3 esinevad asjaolud.

Hankelepingu täitja muutmine on oluline lepingumuudatus, mis üldjuhul eeldab uut riigihankemenetlust. Uue riigihanke direktiivi eelnõu kohaselt loetakse eranditeks töövõtja täielikku või osalist asendamist pärast ettevõtte restruktureerimist või maksejõuetust teise algseid kvalitatiivseid valikukriteeriume täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida.

---

<sup>101</sup> 89/665/EMÜ, Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, EÜT L 76, 23.3.1992, lk 14–20 ja 2007/66/EÜ

Kui hankija soovib jätta endale võimaluse hankelepingu täitja muutmiseks hankelepingu kehtivuse ajal, kohustub ta selle info avaldama koos detailsete reeglitega hanketeates. Üksnes sellisel juhul on kõik potentsiaalsed pakkujad teadlikud võimalikust lepingu muutmisest ja seeläbi on tagatud pakkujate võrdne kohtlemine.

Hankelepingu õigusvastase ülevõtmise puhul on võimalik kohaldada kolme õiguslikku tagajärge: hankelepingu muudatuse ehk ülevõtmise tühisus, hankija avalik-õiguslik vastutus ning huvitatud isikule kahju hüvitamine. Kui hankelepingu õigusvastase ülevõtmisega on sõlmitud sisult keelatud otseleping, siis peab selline lepingu muudatus olema tühistatav. Vaid olulise avaliku huvi puhul on võimalik hankelepingu muudatus jõusse jätta ning vaid lühendada selle tähtaega. Kahju hüvitamine õigusvastase hankelepingu ülevõtmise tõttu teisele konkurendile on praktiliselt illusoorne õigus, kuivõrd äärmiselt raske on tõendada, et avaliku pakkumismenetluse teel oleks hankeleping sõlmitud just kahju hüvitamist taotleva pakkujaga.

## 2. Hankelepingu ülevõtmise viisid

### 2.1 Hankelepingu ülevõtmine ettevõtte ülemineku korral

#### 2.1.1. Hankija nõusoleku obligatoorsus hankelepingu ülevõtmiseks ettevõtte üleminekul

Võlaõigusseaduse §-dega 180 - 185 on reguleeritud ettevõtte üleminek. Ettevõtte üleandja võib omandajaga sõlmitud lepinguga kohustuda andma omandajale üle ettevõtte (VÕS § 180 lg 1). Ettevõttesse kuuluvad ettevõtte majandamisega seotud ja selle majandamist teenivad asjad, õigused ja kohustused, muu hulgas ettevõttega seotud (hanke)lepingud (VÕS § 180 lg 2).

Ettevõtte ülemineku regulatsioon ei kohaldu ettevõtte üleminekule juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul, samuti kui ettevõtte üleminek toimub seaduse alusel, eelkõige sundtäitmisel või pankrotimenetluses (VÕS § 181), mistõttu on nendel juhtumitel hankelepingu ülevõtmine analüüsitud järgnevates peatükkides.

Ettevõtte mõiste tuleneb TsÜS-ist, mille kohaselt on ettevõtte majandusüksus, mille kaudu isik tegutseb (§ 66<sup>1</sup>). Ühel ettevõtjal võib olla mitu ettevõtet ehk majandusüksust ning peamiselt väljenduvad need iseseisvates varakogumites, mille abil on võimalik ellu viia majandustegevust. Ettevõttesse kuuluvad majandustegevuse läbiviimiseks vajalikud õigused, kohustused ja asjad.<sup>102</sup> Praktilise näitena saab ettevõtte määratluse kohta tuua ühe juriidilise isiku erinevad üksused eri linnades, nt oma töötajate, ostu-müügi-, hanke-, teenuse osutamise ja rendilepingutega osakonnad Tallinnas ja Tartus. Samuti võib eraldi ettevõtteks lugeda ettevõtjale kuuluvat tehast, mis on eraldi varakogum ettevõtte peakontorist.

Tavalises tsiviilkäibes on võimalik ettevõtjal müüa oma ettevõtteid, kuna paljudel juhtudel omab toimiv ettevõtte suuremat väärtust, kui sellesse kuuluvad asjad, õigused ja kohustused eraldivõetuna ning käibeosaliste huvi on suunatud just varakogumi üleandmisele.<sup>103</sup>

Eelduslikult ei ole ettevõtte üleminekuks vaja võlausaldajate ja teiste lepingupoolte nõusolekut, v.a. juhul kui seda nõuab seadus (VÕS § 182 lg 2 II lause). Kuna võõrandatakse kogu ettevõtte koos asjade, õiguste ja kohustustega, siis oleks tsiviilkäibe leega koormav ettevõtte üleminekuks küsida kõikidelt lepingupartneritelt nõusolekut. Suurettevõtete puhul

---

<sup>102</sup> K. Paal. § 66<sup>1</sup> p 3.2. P. Varul jt (koostaja). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Komm vlj. Tallinn: Juura 2010.

<sup>103</sup> Samas, p 3.3

võib lepingute maht ulatuda tuhandetesse ning nõusoleku taotlemine pärsiks ettevõtte omandamise huvi oma suure töökoormuse tõttu. Samas on võlausaldajate kaitseks sätestatud, et enne ettevõtte üleminekut tekkinud kohustuste eest, mis on ülemineku ajaks muutunud sissenõutavaks või mis muutuvad sissenõutavaks viie aasta jooksul pärast üleminekut, vastutab üleandja võlausaldajate ees solidaarselt omandajaga (VÕS § 183 lg 1).

Ettevõtte ülemineku regulatsiooni eesmärgiks on võlausaldajate kaitsmine olukorras, kus ettevõtja võõrandab vähesoodsatel tingimustel ulatusliku osa ettevõttesse kuuluvatest õigustest, tekitades sellega endale suutmatuse täita ettevõttesse kuuluvaid kohustusi ja kahjustades sellega põhjendamatult võlausaldajaid.<sup>104</sup>

Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaanne ei anna vastust küsimusele, et mida on mõeldud VÕS § 182 lg 1 II lauses, et võlausaldaja nõusolek on vajalik, kui seda nõuab seadus. Riigihangete seaduses ega kehtivas Euroopa Liidu õiguses ei ole otseselt sellist nõuet formuleeritud. Seetõttu tõusetub antud alapeatüki esimene õiguslik küsimus, et kas RHS nõuab hankija nõusolekut ettevõtte üleandmiseks?

Lähtudes VÕS § 182 lg 2 II lause grammatilisest tõlgendusest ei ole hankija nõusolek ettevõtte üleminekuks vajalik, kuivõrd puudub seadus, mis nõuaks sõna-selgelt, et ettevõtte ülemineku korral on vajalik hankija nõusolek. Analüüsides sätte mõtet ja eesmärki tuleks aga tõdeda, et arvesse peab võtma riigihanke seaduse mõtet ja eesmärki ning et kas RHS ja EL õiguse põhimõtted nõuavad ettevõtte ülemineku teel hankelepingu ülevõtmiseks hankija nõusolekut.

Samuti on oluline rõhutada, et tegemist peab olema tõepoolest ettevõtte üleandmisega mitte üksnes lepingute üleandmisega. Hankijatele võib olla keeruliseks ülesandeks eristada tavalist hankelepingute ülevõtmist VÕS § 179 alusel ettevõtte üleminekust VÕS § 180 alusel. Ettevõtte üleminekut võidakse kasutada maksuvõlgnevusest ning muudest kohustustest vabanemiseks, kus ettevõtja asutab uue juriidilise isiku ning ettevõtte ülemineku teel kannab üle üksnes sellised lepingud, mida ta on võimeline edaspidi täitma jättes eelnevasse kehasse maha maksuvõlgnevused, lepingud, mida ei suudeta täita, võlgnevused teistele isikutele ning kohati ka töölepingud, sõlmides lepingud kas uute töötajatega või vanadega tööandja jaoks parematel tingimustel. Hankelepingu täitja peaks hankija nõudmisel tõendama, et tegemist on

---

<sup>104</sup> M. Vutt. Ettevõtte üleminek: kohtupraktika analüüs. Riigikohus, õigusteabe osakond. Tartu, 2010. Lk 15

tõepoolest ettevõtte üleminekuga mitte üksikute hankelepingute üleandmisega, mis nõuab sõnaselgelt hankija eelnevat nõusolekut.

Haldusasjas nr 3-07-1524 märkis Tallinna Halduskohus: “ettevõtte ülemineku olemuse kindlakstegemiseks peab analüüsima selle kõiki aspekte, sh äriühingu või ettevõtte tüüpi, kas äriühingu kinnis- või vallasvara on üle läinud, vara väärtust ülemineku ajal, kas uus tööandja on enamuse töötajatest üle võtnud, kas kliendid on üle läinud, tegevuse sarnasust enne ja pärast üleminekut, tegevuse peatumise aega. Kohus märgib, et ka see loetelu ei ole ammendav, näiteks VÕS § 180 lg-st 2 tulenevalt peaks hindama ka õiguste ja kohustuste, muu hulgas ettevõttega seotud lepingute ülevõtmist, Direktiivist tulenevalt majandusüksuse identiteedi säilimist, ressursside organiseeritud koondamist jms.”<sup>105</sup>

Rahandusministeerium on hankelepingu ülevõtmise lubatavuse küsimuses ettevõtte ülemineku kontekstis olnud erinevatel seisukohtadel. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabiosakond leidis märtsis 2012 avaldatud seisukohas, et „ettevõtte võõrandamisel saab ettevõttega seotud ja selle kaudu täidetavate hankelepingute ülevõtmise lubatavusest rääkida vaid juhul, kui vastav ettevõtte võõrandatakse tervikuna ning hankija annab nõusoleku hankelepingute ülevõtmiseks. Hankija nõusoleku andmise obligatoorseks eeltingimuseks on ettevõtte omandaja suhtes kõrvaldamise aluste puudumise ning hankelepingutele eelnenud hankemenetlustes esitatud kvalifitseerimistingimustele vastavuse kontroll, mis kinnitab omandaja suhtes kõrvaldamise aluste puudumist ning kvalifitseerimistingimuste täitmist omandaja poolt.“ Samas nentis Rahandusministeerium, et kas eelkirjeldatud range lepingute ülevõtmist välistav RHS-i tõlgendus ei piira põhjendamatult ettevõtlusvabadust.<sup>106</sup>

Juulis 2012 muutis Rahandusministeerium oma seisukohta ning leidis, et kuna ettevõttesse kuuluvad muuhulgas sellega seotud hankelepingud ja ettevõtte ülemineku korral pole võlausaldaja või teise lepingupoole nõusolek lepingute üleminekuks obligatoorne ning vältimaks olulist ettevõtlusvabaduse riivet lähevad ettevõtte ülemineku korral (VÕS § 180) koos ettevõttega üle omandajale ka hankelepingud ning selles osas riigihankeõigus piiranguid ei sea.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> OÜ Tulepesad (registrikood 11220762) kaebus Maksu- ja Tolliameti Põhja maksu- ja tollikeskuse 20.04.2007 korralduse nr 1.3-2.1/0252 tühistamise nõudes. Lk 16

<sup>106</sup> Küsimus nr 13 hankelepingute rubriigis. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/105>

<sup>107</sup> Samas, küsimus nr 14

Lepinguõiguse üldosa ei ole harmoneeritud EL õigusega, küll aga ei tohi siseriiklik lepinguõigus muuta EL õiguse rakendamist võimatuks või ebaefektiivseks.<sup>108</sup> Professor Sue Arrowsmith märgib huvitavalt, et direktiivide mõttes ei tohiks teha vahet osade või aktsiate müügil ning täitja juriidilise isiku vahetumisel. Ta leiab, et direktiivide kohaselt on nõutud, et hankija keelduks vastavate nõusolekute andmisest, kui selleks annab aluse direktiiv ise.<sup>109</sup> Tõenäoliselt mõtleb professor selle all seda, et hankijal on kohustus keelduda nõusoleku andmisest kui uus hankelepingu täitja ei vasta esialgsetele hanketingimustele ning oleks hankemenetluse faasis kõrvaldatud või jäänud kvalifitseerimata. Riigihanke direktiivide mõte ei ole igal juhul sekkuda täitja kommertssuhetesse, kuid kui seaduse järgi on nõutav hankija nõusolek, siis tuleks hankijal vastavalt mitte diskrimineerimise keelule lähtuda esialgsetest hanketingimustest.

Kuigi Euroopa Kohus ei ole tänaseni otsustanud lõplikult hankelepingute ülevõtmise osas, tuleb märkida, et kohus põhineb oma otsustes järgmise kolme faktori tasakaalustamisel: vaba turg ja mitte-diskrimineerimise keeld, pakkuja võrdne kohtlemine ning hankija huvi lepingu täitmise ja avaliku huvi täitmise osas.<sup>110</sup>

Euroopa Liidu aluspõhimõtted on teenuste ja kaupade vaba liikumine ning mittediskrimineerimise keeld kodakondsuse alusel. Efektive ja toimiva siseturu eelduseks on vaba konkurents, mida kaitseb EL konkurentsioigus ning üldine riigiabi andmise keeld. Riigihankeõiguse üldpõhimõtted hõlmavad konkurentsi tagamist, läbipaistvust ja pakkuja võrdset kohtlemist.

Ettevõtte üleminek ilma hankija nõusolekuta ei riku eelduslikult EL aluspõhimõtteid, kuivõrd see ei takista teenuste ega kaupade vaba liikumist ning vastupidiselt aitab sellele kaasa (nt piiriüleste ühinemiste ja ülevõtmiste näol). Küsitav on kas ettevõtte üleminek ilma hankija nõusolekuta on kooskõlas konkurentsi tagamise, pakkuja võrdse kohtlemise ja menetluse läbipaistvuse põhimõttega.

Pressetexti kaasusest tulenes, et tegemist on olulise lepingumuudatusega kui muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis

---

<sup>108</sup> Euroopa Liidu hanketõiguse mõju Eesti eraõigusele on täpsemalt analüüsinud Mari Ann Simovart oma doktoritöös

<sup>109</sup> S. Arrowsmith, 2008, p 6.194

<sup>110</sup> S.T. Poulsen. P 5.4.2.

oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel. Kui ettevõtte üleminek hankes mitteosalenud pakkujale on oluline muudatus EL õiguse kohaselt, siis loogiliselt järeldades peaks jaatama hankija õigust takistada sellise olulise lepingumuudatuse tegemist ning seega peaks olema hankija nõusolek ettevõtte üleminekuks nõutav.

Õiguskirjanduses on pigem jõutud järeldusele, et ettevõtte ülemineku teel hankelepingu üleandmine ei ole oluline lepingu muudatus, kuna täitja isik *de facto* ei muutu. See kehtib eeldusel, et ettevõtte omandaja omandab ka samad kohustused hankija ees koos kogu ettevõtte vara ja kohustustega. Seega meenutab ettevõtte üleminek ühinemist ning seetõttu peaks ka sel viisil hankelepingu üleandmine olema ebaoluline lepingu muudatus.<sup>111</sup>

Samas ei ole tavaliselt hankelepingu ülevõtmine ettevõtte ülemineku teel kuidagi hanketeates reguleeritud ning see tugineb üksnes seaduse regulatsioonile. Eelnev väide ei ole reeglilik, kuna osad hankijad määravad juba hankedokumentides, et hankelepingu ülevõtmiseks, sh ettevõtte ülemineku käigus, on vajalik hankija nõusolek. Ühendkuningriikides on välja töötatud asjade müügilepingute üldtingimused, mille punkti F 1.1. alusel on täitjal õigus lepingust tulenevaid õiguseid ja kohustusi üle anda üksnes hankija eelneval nõusolekul.<sup>112</sup> Ebaselge on, et kas see hõlmab ka juhtumeid, kus hankelepingu ülevõtmine toimub seaduse alusel (nt õigusjärgluse korras). Hankelepingutele kohaldatakse vastava lepingu liigi kohta sätestatud (RHS § 4 lg 1 II lause) arvestades riigihanke üldpõhimõtteid. Kuivõrd ettevõtte ülemineku võimalus on seaduses reguleeritud ning tagatud põhiseaduses toodud ettevõtlusvabadusega, siis on raske väita, et ühtegi pakkuja koheldaks ebavõrdselt, kui nad kasutavad seaduses toodud võimalust ettevõtte müümiseks. Kõikidel huvitatud isikutel on võimalus ettevõtte müümiseks olenemata sellest, kas tegemist on siseriiklike või piiriüleste pakkujatega. Kuigi tuleb mõnda, et kuna ettevõtete üleminek ei ole EL õigusega harmoniseeritud, siis võivad tekkida materiaalõiguse erinevusest tulenevad probleemid. Eesti hankija peab lähtuma EL õigusest ja riigihangete seadusest, kuid hankelepingu täitmisega seotud ettevõtte üleminek võib alluda hoopis teise riigi jurisdiktsioonile kui ettevõtte asub teises riigis. See on täiesti võimalik näiteks piiriüleste hankelepingute puhul, kus asju toodetakse või teenuseid osutatakse Lätis Läti ettevõtja poolt Eesti hankijale. Kokkuvõttes

---

<sup>111</sup> K. Hartlev, M.W. Liljenbøl. P 3.2.4.1.

<sup>112</sup> Model Terms and Conditions of Contracts for Goods, Kättesaadav: <http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/tandcgoods.pdf> (09.04.2013)

saab hankija alati lähtuda ka sellest, et kas konkreetne täitja taotleb tulenevalt kohalduvast seadusandlusest hankija nõusolekut hankelepingu ülevõtmise kohta ettevõtte ülemineku teel.

Euroopa Liidu kohtupraktikast tuleneb, et juhul kui hankija soovib jätta endale võimaluse hankelepingu hilisemaks muutmiseks, siis on see läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega kooskõlas üksnes siis, kui muutmise alused ja kord on selgelt ja ühemõtteliselt reguleeritud juba hankedokumentides.<sup>113</sup> Kuigi ettevõtte ülemineku regulatsioon ei ole tavaliselt sätestatud hankedokumentides, siis vaatamata sellele kehtib kõigi huvitatud pakkujate suhtes seaduses toodud ülemineku regulatsioon võrdselt ning mittediskrimineerivalt. Seetõttu ei riku autori hinnangul ettevõtte üleminek riigihankeõiguse üldpõhimõteteks olevaid võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse kriteeriume.

Professor Sue Arrowsmith on avaldanud, et muutused, mida saab üks lepingupool nõuda ning mis ei sõltu pooltevahelisest täiendavast kokkuleppest, kujutavad endast vähemtõenäoliselt uut riigihankelepingut<sup>114</sup>, mis nõuaks uut riigihankemenetlust. Kui järeldada, et ettevõtte üleminek ei sõltu hankija ja täitja vahelisest täiendavast kokkuleppest, vaid ettevõtte omandajal ehk uuel täitjal on õigus nõuda hankijalt enda lepinguliste kohustuste sooritamist ettevõtte omandajale, siis ei nõua hankelepingu muudatus uut riigihanget. Tegemist ei oleks kokkuleppelise hankelepingu muutmise, vaid hankelepingu muudatusega tulenevalt seadusest<sup>115</sup>.

On selge, et hankija nõusolekut on vaja lepingu ülevõtmiseks VÕS § 179 alusel ning kohustuse ülevõtmiseks VÕS § 175 alusel, kuivõrd seda nõuab selgesõnaliselt seadusandlus. Sellistes olukordades peaks hankija lähtuma EL õiguse üldpõhimõtetest ja direktiividest, mille mõte on välistada hankija võimalusi teha diskrimineerivaid otsuseid. Isegi kui hankeleping võetakse üle esialgseid valikukriteeriume täitva ettevõtte poolt, mis täidaks EL õigusest tulenevad nõuded, siis RHS kohaselt võib hankelepingu muudatusi teha üksnes objektiivselt ettenägematutel põhjustel (st hankija peab tõendama enda hoolsuskohustust) ning eeldusel, et hankelepingu muutmata jätmisel satuks ohtu hankelepinguga taotletava eesmärgi täitmine<sup>116</sup>. Juhul kui hankeleping võetakse üle piisava ajavaruga enne hankelepingu lõppemist ning

---

<sup>113</sup> Succhi di Frutta SpA

<sup>114</sup> S. Arrowsmith. p 6.8

<sup>115</sup> Inglise keeles on võimalik antud mõtet paremini väljendada: transfer was not a change *of* the contract but a change *pursuant to* the law.

<sup>116</sup> RHS § 69 lg 3



hankelepingu täitmine ei ole seotud kuidagi ainuisikuliselt endise hankelepingu täitjaga (nt kunstiteose tellimine, kus oluline on konkreetne kunstnik), siis on praktikas äärmiselt raske ära põhjendada ohukriteeriumi täitmist.

#### 2.1.2. Hankija nõusoleku nõue kui põhiseadusega vastuolus olev ettevõtlusvabaduse riive

Järgmiseks argumendiks, mis toetab käsitlust, et ettevõtte üleminekuks ei ole vaja hankija nõusolekut on väide, et selline piirang oleks ebaproportsionaalne ettevõtlusvabaduse riive.

Põhiseaduse (edaspidi PS) § 31 sätestab ettevõtlusvabaduse: “Eesti kodanikel on õigus tegelda ettevõtlusega /.../. Kui seadus ei sätesta teisiti, siis on see õigus võrdselt Eesti kodanikega ka Eestis viibivatel välisriikide kodanikel ja kodakondsuseta isikutel.”

Põhiseaduse kommenteeritud väljaandes selgitatakse, et Euroopa Liidu ühisturg, mida iseloomustab kaupade, teenuste ja kapitali vaba liikumine riikide vahel, vaba konkurents ning ühine tollipoliitika, rajaneb suures osas ettevõtlusvabaduse tunnustamisel. EL põhiõiguste harta mainib art-s 16 sõnaselgelt ka ettevõtlusvabadust, mida tunnustatakse EL õiguse ja siseriiklike õigusaktide ja tavade kohaselt.<sup>117</sup>

Ettevõtlusvabaduse esemeline piiritus hõlmab kõiki tegevusi, mille eesmärk on üldjuhul tulu saamine kauba tootmisest, müümisest, teenuste osutamisest, vara realiseerimisest jne.<sup>118</sup> Ettevõtte on varakogum, mille realiseerimise piirangud kujutavad endast ettevõtlusvabaduse piirangut, kuna takistab vabalt realiseerida ettevõtjale kuuluvat vara.

PS § 31 teine lause lubab seadusega kehtestada piirangud ettevõtlusvabadusele. *Riigikohtu selgituse kohaselt „põhiseaduse § 31 teine lause, mis näeb ette, et seadus võib sätestada ettevõtlusvabaduse kasutamise tingimused ja korra, annab seadusandjale suure vabaduse reguleerida ettevõtlusvabaduse kasutamise tingimusi ja seada sellele piiranguid. Ettevõtlusvabaduse piiramiseks piisab igast mõistlikust põhjusest. See põhjus peab johtuma avalikust huvist või teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitse vajadusest, olema kaalukas ja enesestmõistetavalt õiguspärane. Mida intensiivsem on ettevõtlusvabadusse sekkumine, seda mõjuvamad peavad aga olema sekkumist õigustavad põhjused.” (RKPKo 10.05.2002, 3-4-1-3-02, sarnaselt RKPKo 06.07.2012, 3-4-1-3-12, p 51.)*<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> PS komm. vlj § 31 p 3

<sup>118</sup> Samas, p 5

<sup>119</sup> PS komm. vlj § 31 p 12

Avalik huvi, mis nõuaks hankija nõusolekut ettevõtte üleminekuks, seisneb riigihangete ja hankelepingute läbipaistvas läbiviimises ja täitmises, mis tagaks omakorda vaba konkurentsi ning pakkujate võrdse kohtlemise.

Hindamaks kas põhiõiguse riive on põhiseaduspärane on vajalik hinnata selle legitiimsust ning proportsionaalsust (sobivust, vajalikkust ja mõõdukust).

Kahtlemata on eelpool nimetatud avaliku huvi kaitsmise eesmärk legitiimne, kuna tuleneb nii Euroopa Liidu aluspõhimõtetest kui ka riigihanke õiguse üldpõhimõtetest.

„Proportsionaalsuse põhimõte tuleneb põhiseaduse § 11 teisest lausest, mille kohaselt õiguste ja vabaduste piirangud peavad olema demokraatlikus ühiskonnas vajalikud. Proportsionaalsuse põhimõttele vastavust kontrollib kohus järjestikku kolmel astmel – kõigepealt abinõu sobivust, siis vajalikkust ja vajadusel ka proportsionaalsust kitsamas tähenduses ehk mõõdukust. Ilmselgelt ebasobiva abinõu korral ei ole vaja kontrollida abinõu vajalikkust ja mõõdukust. Sobiv on abinõu, mis soodustab piirangu eesmärgi saavutamist. Sobivuse seisukohalt on vaieldamatult ebaproportsionaalne abinõu, mis ühelgi juhul ei soodusta piirangu eesmärgi saavutamist. Sobivuse nõude sisuks on kaitsta isikut avaliku võimu tarbetu sekkumise eest. Abinõu on vajalik, kui eesmärki ei ole võimalik saavutada mõne teise, kuid isikut vähem koormava abinõuga, mis on vähemalt sama efektiivne kui esimene. Abinõu mõõdukuse üle otsustamiseks tuleb kaaluda ühelt poolt põhiõigusse sekkumise ulatust ja intensiivsust ning teiselt poolt piirangu eesmärgi tähtsust. Mida intensiivsem on põhiõiguse riive, seda kaalukamad peavad olema seda õigustavad põhjused.”<sup>120</sup>

Ettevõtte vaba üleandmise piiramine hankija nõusolekuga läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise tagamiseks peab olema sobiv abinõu selle eesmärgi saavutamiseks kaitstes isikut avaliku võimu tarbetu sekkumise eest. Kuigi hankija eelneva nõusolekuga saaks hankija kontrollida ettevõtte omandaja kvalifitseerimistingimustele vastavust, on küsitav kas tegemist ei ole avaliku võimu tarbetu sekkumisega, kuna ettevõtte ülemineku institutsioon on kättesaadav kõigile huvitatud isikutele ning seetõttu ei riku piiranguga taotletavat eesmärki. Seetõttu tuleb järeldada, et tegemist on vähemalt ebasobiva abinõuga ja ebaproportsionaalse ettevõtlusvabaduse riivega.

---

<sup>120</sup> Samas, § 11 p 3

### 2.1.3. Riigihanke direktiivi eelnõust tulenev käsitlus

Euroopa Komisjoni uue direktiivi eelnõu kohaselt ei ole hankelepingu muutmine oluline, kui hankelepingu täitja muutmisel ettevõtte restruktureerimise tõttu antakse hankeleping üle esialgseid kvalifitseerimistingimusi täitvale ettevõtjale.<sup>121</sup> Direktiivi selgitustes kirjeldatakse, et restruktureerimine võib tuleneda ühinemistest ja ülevõtmistest, hõlmates ka ettevõtte üleminekut.<sup>122</sup> Koheselt tekib vastuolu eelnevalt tuvastatuga, et ettevõtte üleminekuks ei ole vaja hankija nõusolekut. Siin tuleb aga arvesse võtta juba eelpool mainitud, et lepinguõigus ei ole Euroopa Liidus harmoniseeritud, mistõttu ei pruugi kõikides liikmesriikides olla ühtne lähenemine ettevõtte ülemineku teel lepingute ülevõtmisele. Seega tuleks direktiivi eelnõu tõlgendada viisil, et hankelepingu täitja muutmise korral peab hankija kontrollima uue täitja vastavust esialgsetele valikukriteeriumitele üksnes siis, kui hankelepingu üleminekuks on nõutav hankija nõusolek.

Riigikohus on oma halduskolleegiumi otsuses nr 3-3-1-45-12<sup>123</sup> leidnud, et ettevõtte ülemineku teel läheb üle ka ettevõttele omistatav kogemus kui kvalifitseerimiseks vajalik näitaja. Vastupidine oleks oluline konkurentsi piirang ning vastav keeld peaks olema riigihangete seaduses selgelt sõnastatud. Asjaolude kohaselt tugines OÜ Tarbus riigihankemenetluses muu hulgas AS-lt GoBus omandatud ettevõtte osa (AS GoBus Tartu osakond) kogemusele Tartu maakonnaliinide teenindamisel. Riigikohus leidis, et ettevõtte osa üleandmise korral lähevad tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 6 lg 1 alusel õigusjärgluse korras üle ettevõtte osaga seotud õigused ja kohustused, mille raames on üleantav ka senine kogemus kui üleantava ettevõtte osa tegevust iseloomustav asjaolu (p 20). Kolleegium täpsustas, et ettevõtte kogemusele on võimalik tugineda üksnes siis, kui see ettevõtte säilitab oma identiteedi (p 21). Kohus ei kohaldanud sealjuures RHS § 41 lg 6, mis lubab tugineda teise isiku näitajatele, vaid selgitas, et OÜ Tarbus saab kasutada õiguseelneja näitajaid (p 25). Samuti on märgilise tähendusega Riigikohtu seisukoht, et kehtiv õigus ei võimalda omandatud ettevõtte või selle osa eelneva karistatuse üleminekut uuele ettevõttele. Ettevõtte või selle seadusliku esindaja karistatus on isikuga lahutamatult seotud staatus ega ole seetõttu TsÜS § 6 lg 1 koostoimes VÕS §-dega 180 ja 185 alusel õigusjärgluse korras ettevõtte osa omandajale üleantav ega ülekantav (p 26).

---

<sup>121</sup> KOM 2011 (899) art 72 lg 3

<sup>122</sup> Samas, p 47

<sup>123</sup> RKHKm 3-3-1-45-12 (OÜ Tarbus kaebus riigihangete vaidlustuskomisjoni 2. veebruari 2012. a otsuse nr 10-12/127796 tühistamiseks ja Ida-Viru maavanema 3. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/1 punkti 2.2. ja Ida-Viru maavanema 12. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/10 punkti 1 õigusvastasuse tuvastamiseks)

Tarbusi kaasuse järeldusi on võimalik kohaldada ka hankelepingu muutmise kontekstis, kui hankija on kohustatud kontrollima hankelepingu ülevõtmisel uue täitja vastavust esialgsetele valikukriteeriumitele.

## 2.2 Hankelepingu ülevõtmine äriühingute ühinemise või jagunemise korral ning tütaretevõtte asutamisel

Hankelepingu kehtivuse perioodil võib hankelepingu täitja anda hankelepingu üle teisele juriidilisele isikule ühinemise või jagunemise või tütaretevõtja asutamise tulemusena. Ühinemised võivad olla kas grupisisesed, kus ühinevad juba grupis omavahel seotud isikud, või ka grupivälised, kus ühinemiste ja ülevõtmiste teel ühinevad mitmed omavahel mitteseotud ühingud. Ettevõttesisest restruktureerimist on võimalik korraldada mitmel viisil: jaotada tööloigud või erinevat liiki tööd ja teenused erinevate osakondade ja ettevõtete kui majandusüksuste vahel või majanduslikel ja ärilistel kaalutlustel tütaretevõtete kui iseseisvate õigussubjektide vahel. Käesolevas peatükis analüüsitakse vastavat hankelepingu ülevõtmise regulatsiooni EL õiguse ja riigihangete seaduse kohaselt.

Äriseadustiku<sup>124</sup> (edaspidi ÄS) § 391 lg 1 ja 2 alusel on äriühingutel võimalik ühineda kahel viisil: äriühing (ühendatav ühing) võib ühineda teise äriühinguga (ühendav ühing), kusjuures ühendatav ühing loetakse lõppenuks või äriühingud ühinevad selliselt, et asutavad uue äriühingu, kusjuures ühinevad ühingud loetakse sel juhul lõppenuks. Mõlemal juhul lõppeb vähemalt üks äriühing, kellel on oma hankelepingud, õigused, kohustused ja vara.

ÄS § 391 lg 4 alusel läheb ühinemisel ühendatava ühingu vara, sealhulgas kohustused, üle ühendavale ühingule. Uue ühingu asutamisel läheb ühinevate ühingute vara, sealhulgas kohustused, sellele üle. ÄS § 403 lg 1 I lause alusel läheb ühinemise kandmisega ühendava ühingu asukoha äriregistrisse ühendatava ühingu vara üle ühendavale ühingule. Selle sätte eesmärgiks on sätestada ühinemise õigusliku tagajärjena üldine õigusjärglus. Nimetatud norm on õigusjärgluse seisukohast imperatiivne ja ühinemislepinguga ei ole võimalik leppida kokku, et teatud osa varast ei lähe ühinemise käigus ühendatavale ühingule üle.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> RT I 1995, 26, 355... RT I, 18.12.2012, 8

<sup>125</sup> A. Vutt, M. Vutt, Ühinemine ja jagunemine Eesti registri- ja kohtupraktika peeglis. Juridica III/2009. Lk 177-178

Seega lähevad äriühingute ühinemisel hankelepingud üle õigusjärgluse (TsÜS § 6) ehk seaduse alusel ning hankelepingute ülevõtmine ei vaja lepingu teise osapoole nõusolekut. Samuti on ühinemise teel sisuliselt tegemist sama ettevõttega, kuivõrd üle on läinud kogu ettevõtte vara. See on tugev argument, mis toetab käsitlust, et ühinemiste teel hankelepingu ülevõtmine ei ole oluline lepingu muudatus ega vaja seetõttu uut riigihankemenetlust.<sup>126</sup>

Äriühingute jagunemist reguleerib ÄS § 434 alusel, mille kohaselt toimub jagunemine kas jaotumise või eraldumise teel. Jaotumisel annab jagunev ühing oma vara üle omandavatele ühingutele. Omandav ühing võib olla olemasolev või uus ühing. Jaotumisel jagunev ühing loetakse lõppenuks (ÄS § 434 lg 2). Eraldumisel annab jagunev ühing osa oma varast üle ühele või mitmele omandavale ühingule. Omandav ühing võib olla olemasolev või uus ühing (ÄS § 434 lg 4).

Kui ühinemiste korral lõppes vähemalt üks äriühing, siis jagunemise korral eraldumise teel jääb jagunev äriühing alles andes vaid osa enda varast ja kohustustest üle omandavale ühingule. Täpne õiguste ja kohustuste sisu, mis antakse üle omandavale ühingule määratakse kindlaks jagunemislepingus (ÄS § 435 lg 1 p 5 ja 6).

Ühinemise ja jagunemise teel lähevad hankelepingud üle õigusjärgluse alusel, mistõttu ei ole vajalik hankija nõusolek hankelepingute üleandmiseks. Seaduses ei eksisteeri erinormi, mis nõuaks vaatamata õigusjärglusele hankija nõusolekut hankelepingu ülevõtmiseks. Ettevõtte tehingulise ülemineku korral kehtis eeldus, et lepingu teise osapoole nõusolekut ei ole lepingu üleandmiseks vaja, kui seadus ei nõua vastupidist. Käesoleva töö peatükis 2.1 sai tuvastatud, et hetkel kehtiv seadus ei nõua hankija nõusolekut ettevõtte üleminekul lepingu üleandmiseks, mistõttu ei saa ka põhjendatud olla hankija nõusoleku nõue ettevõtte üleminekul seaduse alusel.

Kolmas viis ettevõtte (kontserni) siseseks ümberkujundamiseks on tütaretevõtte asutamine. ÄS § 6 lg-s 1 on defineeritud kontserni mõistet: kui üks äriühing on teises äriühingus osanik või aktsionär ning omab seal häälteenamust, nimetatakse osalevat ühingut emaettevõtjaks ja ühingut, kus ta osaleb, tütaretevõtjaks. Emaettevõtja tüharetevõtjaks on ka ühing, kus häälteenamus on teisel tüharetevõtjal või tüharetevõtjatel üksinda või koos emaettevõtjaga.

---

<sup>126</sup> K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. P 3.2.4.1. Autorid toovad artiklis oma argumenti põhistamiseks aluse Taani seadusandluse, kuid selles küsimuses on seadusandlus sarnane, siis on arutluskäik kohandatav ka Eesti õigusele

Seega ei pea tütarettevõtte olema emaettevõtja ainuosaluses vaid üksnes omama häälteenamust. Oluline on fakt, et emaettevõtjal on valitsev mõju tütarettevõtja üle.

Juriidiliste isikute ühinemist või jagunemist või tütarettevõtte asutamist on Euroopa Kohtus<sup>127</sup> ja õiguskirjanduses<sup>128</sup> mõistatud kui organisatsiooni sisemist restruktureerimist.

Pressetexti kaasuses leidis kohus, et hankelepingu üleandmine tütarettevõtjale ei olnud vastuolus EL riigihangete direktiiviga, kuna tütarettevõtte oli asutatud sellise äriühingu vormis, mille ainuomanik esialgne hankelepingu täitja ise oli, ning kelle üle ta omas kontrolli ning kellele ta andis korraldusi, eeldusel et esialgne teenuseosutaja vastutas jätkuvalt lepinguliste kohustuste täitmise eest.<sup>129</sup> Võlaõigusseaduse mõttes oli tegemist kohustusega ühinemisega VÕS § 178 lg 1 alusel, millega esialgne teenuse osutaja lõpetas teenuse osutamise, kuid vastutas jätkuvalt koos uue teenuse osutajaga. Kohtu hinnangul ei ole sellised sisemised ümberkujundamised olulised lepingumuudatused riigihangete direktiivi mõttes ning kohus ei pidanud ka vajalikuks analüüsida, kas tütarettevõtja peaks vastama esialgsetele valikukriteeriumitele. Samas ei tulene kohtuotsuse sõnastusest ega mõttest, et kas ettevõtte sisemise struktuurimuudatuse puhul peab igal juhul esialgne teenuse osutaja solidaarselt vastutama koos uue teenuse osutajaga vältimaks uue riigihankemenetluse nõuet.<sup>130</sup> Otsuse üks põhjendusi oli ka asjaolu, et tütarettevõtja oli esialgse teenuse osutaja ainuomanduses. ÄS-i kohaselt ei pea tütarettevõtja olema emaettevõtja ainuomandis vaid piisab emaettevõtja häälteenamusest tütarettevõtja juhtimisel. Ainuomand ei anna siinjuures olulist lisaväärtust hindamaks ema- ja tütarettevõtte ärilist ja majanduslikku seotust.

Uute kohtulahendite ja vastava regulatsiooni puudumise tõttu saab hetkel kindlalt järeldada üksnes seda, et hankelepingu üleandmine esialgse täitja tütarettevõttele on lubatav eeldusel, et tütarettevõtte on esialgse täitja ainuomandis ning esialgne täitja jääb hankija ees solidaarselt vastutama koos tütarettevõttega. Uue direktiivi eelnõu kohaselt on lubatav hankelepingu üleandmine tütarettevõttele, kui viimane vastab esialgsetele valikukriteeriumitele. Juhul kui ta nendele ei vasta, siis peaks emaettevõtja jääma vähemalt solidaarselt vastutavaks hankija ees.

Samuti jäi Pressetexti kohtuotsuses lahtiseks, et kas kohustusega ühinemine on aktsepteeritav üksnes juhul kui on rahuldatud mõlemad tingimused: (i) seos esialgse lepingupoolega ja (ii)

---

<sup>127</sup> Pressetext

<sup>128</sup> Nt K. Hartlev, M. W. Liljenbøl

<sup>129</sup> Pressetext, p 54

<sup>130</sup> K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. P 3.2.4.1

solidaarkohustus hankija ees. M.A. Simovart on asunud seisukohale, et vastupidiste piirangute puudumise korral on hankekohustusega ühinemine eelduslikult lubatud ning üldreeglina ei ole õigustatud kohustusega ühinemisele absoluutse keelu kehtestamine. Objektiivseid asjaolusid arvestades võib seda võimalust aga kas mõistlikult piirata või ühinemise võimaluse välistada.<sup>131</sup>

Professor Sue Arrowsmith leiab, et äriühingute ühinemisel ning seetõttu täitja juriidilise isiku muutumine ei ole ühenduse õigusega vastuolus eeldusel, et uus täitja on *de facto* või olulises osas samaväärne esialgse täitjaga (olenemata sellest, kas lepingu muutmise vajab hankija nõusolekut või mitte). Professor põhjendab enda seisukohta eesmärgipärase tõlgendamisega ühenduse õigusest, mille eesmärk on vältida hankelepingu täitja valikul diskriminatsiooni.<sup>132</sup>

Äriühingute ühinemisel läheb õigusjärgluse korral üle kogu ühendatava ühingu vara. Sarnaselt ühinemisele läheb ka jagunemise teel üle jaguneva ühingu vara aga üksnes osa sellest. Hankelepingute kontekstis on oluline hinnata, et kas äriühingu jagunemisel läks üle asjaomase hankelepingu täitmisega seotud ettevõtte osa. Kui hankelepingu täitmisega seotud ettevõtte osa on täielikult üle läinud omandavale ühingule, siis peaks hankelepingu täitja ehk omandav ühing olema *de facto* või olulises osas samaväärne esialgse täitjaga.

Tallinna Ringkonnakohus on hinnanud eraldumise teel äriühingu jagunemise mõju omandava ühingu kvalifikatsioonile<sup>133</sup>. Kaasuse asjaolude kohaselt asutati AS Merko Ehitus (uus ärinimi AS Järvevana) jagunemisel uus äriühing AS Merko Ehitus (omandav ühing) ning viimane tugines hankemenetluses jagunenud äriühingu kogemusele ja käibenäitajatele. Konkurendid vaidlustasid AS Merko Ehitus kvalifitseerimise otsuse väites, et ta on uus äriühing, millel puuduvad vastavad majandusnäitajad, mis vastaksid hankedokumentidele. Kohus leidis, et asjaolu, kas omandav äriühing oli jaguneva äriühingu üld- või eriõigusjärglane ei oma antud asjas tähendust. Kohus selgitas, et RHS § 39 lg 1 kohaselt peab hankija kontrollima, kas pakkuja või taotleja majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele, mille eesmärgiks on tagada, et hankemenetluses osalejad on võimelised hankelepinguga võetavaid kohustusi täitma. Vastava

---

<sup>131</sup> M.A. Simovart, doktoritöö. Lk 135

<sup>132</sup> S. Arrowsmith, 2008, p 6.193

<sup>133</sup> Tln RKO 3-09-1345 (OÜ Sherman, Skanska EMV AS ja Inseneriehituse AS vaidlustus Kaitseministeeriumi kantsleri 18.09.2008 käskkirja nr 36 punktide 1 ja 2 ning kaitseministri 29.09.2008 käskkirja nr 170 kehtetuks tunnistamiseks). Otsus on osaliselt tühistatud osas, mis puudutas menetluskulude kandmist aga mitte otsuse sisulises osas.

eesmärgiga kooskõlas on ka sellise pakkuja kvalifitseerimine, kes on nõutava pädevuse omandanud eraldumise teel. Jagunemiskavast ilmnes, et AS Merko Ehitus omab vastavat pädevust hankelepingu täitmiseks, kuivõrd kava kohaselt anti omandavale ühingule üle kogu vara ja ettevõtte, sh kõik sinna kuuluvad asjad, õigused ja kohustused, v.a lisas 3 loetletu, mis pole aga puutumuses võimalike riigihangetega.<sup>134</sup> Avalikkusele teadaolevalt on endine AS Merko Ehitus (praegune AS Järvevana) seotud nn maadevahetuse kriminaalasjaga, milles viimast süüdistatakse altkäemaksu andmises. Süüdimõistmise korral kuuluks AS Järvevana kõrvaldamisele kõikidest uutest hankemenetlustest, kuivõrd RHS § 38 lg 1 p 1 kohustab hankijat menetlusest kõrvaldama pakkuja, keda või kelle seaduslikku esindajat on kriminaalmenetluses karistatud ametialase süüteo toimepanemise eest. Õiguskirjanduses on avaldatud seisukohta, et igasugused teise poole isikuga seonduvad muudatused on lubamatud, kui on tehtud eesmärgiga hankeregulatsioonist kõrvale hoida.<sup>135</sup> Sama väidet toetab ka Euroopa Kohtu praktika. Kui üldiselt on raske tuua näidet olukorrast, kus terve äriühingu olemusega seotud muudatused, nt ühingu jagunemine või ühinemine, oleks tehtud eesmärgiga hankeregulatsioonist kõrvale hoiduda, siis just sellistel juhtumitel võib pidada peamiseks motivaatoriks edasistel hankemenetlustel osalemise võimaldamist vaatamata süütegude toimepanemisele. Ehitussektoris on avalikud hanked suureks tuluallikaks ning arvestades Eesti ehitusturu väiksust oleks hankemenetlustes osalemise keeld kindlasti oluline löök ettevõtte jätkamisele.<sup>136</sup>

Kohus täpsustas veel, et riigihangete puhul pole oluline, kas jaguneva ühingu käivet saab formaalõiguslikult üle kanda omandavale ühingule, millal omandav ühing registreeriti käibemaksukohustuslaseks, millal tehti kanded majandustegevuse registrisse ning kuidas kogu protsessi raamatupidamislikult käsitleda. Peamine on kontrollida, kas omandaval äriühingul on jagunemise tulemusel vajalik majanduslik suutlikkus olemas. Kvalifitseerimistingimuste tõlgendamisel ei tohiks lähtuda vaid kitsast grammatilisest tõlgendamisest arvestamata kvalifitseerimisnõuete kehtestamise eesmärke.<sup>137</sup>

Pressetexti kaasuses leidis kohus, et üldiselt ei ole täitja aktsiate või osade müük hankelepingu täitja muutmine riigihanke direktiivide mõttes<sup>138</sup>. Täitja osade või aktsiate müük võib

---

<sup>134</sup> Samas, lk 6

<sup>135</sup> M.A. Simovart, doktoritöö. Lk 137

<sup>136</sup> Sama teemat on käsitlenud enda magistritöös ka P. Kulm. Pakkujate võrdne kohtlemine riigihankemenetlusest kõrvaldamisel ja pakkuja kvalifitseerimisel : magistritöö. Tartu, 2009. Lk 67-70.

<sup>137</sup> Tln RKO 3-09-1345, lk 6-7.

<sup>138</sup> Pressetext, p 51



kujutada endast olulist muudatust, kui see oli oluline hankemenetluse võitmiseks, nt oli osanike või aktsionäride koosseis oluline pakkuja kvalifitseerimisel või pakkumuse hindamisel.<sup>139</sup> Samuti muutub osade müük oluliseks siis, kui hankelepingu täitmine on varem juba üle antud teisele juriidilisele isikule kontserni sisemiste struktuurimuudatuste tõttu, kuid osade müügi teel muutub hankelepingu uus täitja kontserniväliseks ettevõtteks.<sup>140</sup> Äriühingu aktsiate või osade omanik omab tähtsust ka sisetehingutes, kus hankijatel on õigus ilma hankemenetlust korraldamata sõlmida hankelepinguid äriühinguga, mille kõik aktsiad või osad kuuluvad otseselt sellele hankijale või talle koos teiste hankijatega või sihtasutusega, mille ainuasutaja on see hankija või mille kõik asutajad on see hankija koos teiste hankijatega (RHS § 14<sup>1</sup> lg 2). Juhul kui hankija soovib äriühingu erastada kas ettevõtte ülemineku või tõenäolisemalt osade või aktsiate müügi teel, siis tekib küsimus, et kas erastatud täitjal on õigus juba sõlmitud hankelepinguid edasi täita. Kuivõrd sisetehingud ei ole direktiivide poolt reguleeritud, siis kujutab selliste ettevõtete erastamine koos kehtivate hankelepingutega endast uue hankelepingu sõlmimist, kuna hankelepingu näol ei ole enam tegemist sisetehinguga direktiivi mõistes.<sup>141</sup>

## 2.3 Hankelepingu ülevõtmine täitja maksejõuetuse korral

### 2.3.1 Hankelepingu täitmisest maksejõuetu täitja poolt

Ettevõtte maksejõuetuse korral tekivad üldiselt probleemid hankelepingu täitmise võimes hankelepingu täitja poolt. TsÜS § 36 alusel on juriidiliste isikute juhatusel kohustus esitada pankrotiavaldus, kui isik on püsivalt maksejõuetu. Tuleb ka eristada püsivat ja ajutist maksejõuetust, kuna üksnes püsiva maksejõuetuse korral on kohustus esitada pankrotiavaldus. Seega maksejõuetus on eluline asjaolu, mille ilmnemisel tuleb teha teatud juriidilisi toiminguid.

Pankrotiseaduse<sup>142</sup> (edaspidi PankrS) § 1 lg 2 alusel tähendab maksejõuetus seda, kui võlgnik ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Juriidiline isik on maksejõuetu kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine

---

<sup>139</sup> S. Arrowsmith, 2008, p 6.193

<sup>140</sup> Pressetexti kaasuses anti hankelepingu täitmine üle tütarettevõtjale, kuid kohus märkis, et juhul kui tütarettevõtte aktsiad müüakse tulevikus kolmandale isikule, siis kohtuotsuses kirjeldatud argumentatsioon ei kehti ning mitteolulist lepingumuudatust võidakse ümber kvalifitseerida oluliseks lepingumuudatuseks.

<sup>141</sup> S. Arrowsmith, 2008, p 6.200

<sup>142</sup> Pankrotiseadus. RT I 2003, 17, 95...RT I, 21.12.2012, 14

(PankrS § 1 lg 3). Pankrot on seega võlgniku kohtumäärusega väljakuulutatud maksejõuetus (PankrS § 1lg 1), mistõttu on pankrot õiguslikult reguleeritud maksejõuetus. Enne pankroti väljakuulutamist on tegemist elulise olukorraga, millega ettevõtja silmitsi on.

Juhul kui maksejõuetu täitja osas on juba välja kuulutatud pankrot, siis asub pankrotivara valitsema pankrotihaldur (PankrS § 35 lg 1 p 2 ja § 36 lg 1). Pankrotihaldur tegutseb võlausaldajate huvide kaitsmise eesmärgil ning korraldab pankrotivara müüki (§ 133 – 142). Seadus defineerib pankrotivara kui vara, mis oli võlgnikul pankroti väljakuulutamise ajal, samuti vara, mis nõutakse või võidetakse tagasi või mille võlgnik omandab pankrotimenetluse ajal (PankrS § 108 lg 2). TsÜS § 66 defineerib vara kui isikule kuuluvate rahaliselt hinnatavate õiguste ja kohustuste kogumit, kui seadusest ei tulene teisiti. Paul Varul kirjutab selgitavalt, et pankrotivara on see vara, millele saab pöörata sissenõuet<sup>143</sup>. Seega ei saa üksnes kehtivat hankelepingu lugeda pankrotivara hulka kuuluvaks varaks, mida müüa täitemenetluse seadustikus ettenähtud korras ning pigem tuleks hankelepingu müüki lugeda muuks viisiks, mille kaudu lisandub pankrotivarasse vara (PankrS § 108 lg 2).

Kui enne pankroti väljakuulutamist otsustab ettevõtte lepingute täitmise või mittetäitmise üle juhatuse, siis pankroti olukorras läheb see õigus üle pankrotihaldurile (§ 46 lg 1). Sealjuures peab selle otsuse motiiviks olema võlausaldajate kaitse ehk lepingu edasine täitmine või selle lõpetamine peab olema majanduslikult otstarbekas (kas väikseim kahju või suurim tulu).

Kehtiva hankelepingu puhul pankrotimenetluse olukorras on maksejõuetul täitjal kohustus sooritada tegu (ehk täita lepingut) ning hankijal kohustus maksta selle eest tasu. Tegemist on võlgniku nõudega hankija vastu ning võlgniku nõuded pankroti väljakuulutamise hetkega ei muutu sissenõutavaks ega lõpe. Vastupidine oleks majandussuhete jaoks ebastabiilne oht.<sup>144</sup> Seetõttu on pankrotihalduri otsustada kas jätkata hankelepingu täitmist või mitte. Majanduslikult võib olla kõige mõistlikum hankelepingu täitmise jätkamine ning selle üleandmine kolmandale osapoolale kas pankrotis müüdud ettevõttega koos või hankelepingu üleandmise institutsiooni kaudu. Kohustuste täitmisest (ning hankelepingu üleandmisest) võib olla võimalik saada lisa pankrotivarasse<sup>145</sup>, mistõttu ei tohiks hankelepingu üleandmine olla eelduslikult vastuolus võlausaldajate kaitse printsiibiga pankrotiõiguses. Need nimetatud kaks varianti tulevad analüüsimisele järgmistes alapeatükkides.

---

<sup>143</sup> P. Varul. Selgitavaid märkusi pankrotiseadusele. Juridica 1, 1994. Lk 4

<sup>144</sup> Samas, lk 3

<sup>145</sup> Samas

### 2.3.2. Ettevõtte müümise teel hankelepingu ülevõtmine

Pankrotivarana võib müüa ettevõtet või ka selle osa (PankrS § 141). VÕS § 181 sätestab ettevõtte ülemineku regulatsiooni piirangu, nimelt ei kohaldata VÕS-i vastavaid sätteid ettevõtte ülemineku juriidiliste isikute ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise puhul, samuti kui ettevõtte üleminek toimub seaduse alusel, eelkõige sundtäitmisel või pankrotimenetluses. See tähendab, et ettevõtte läheb üle pankrotiseaduses ja täitemenetluse seaduses toodud alustel. Kuivõrd ettevõtte läheb üle seaduses toodud alustel, siis ei ole hankija nõusolek ettevõtte üleminekuks nõutav ning selle põhjendus on sama, mis äriühingute jagunemise ja ühinemiste korral (töö peatükk 2.2.). Oluline erinevus ettevõtte üleminekul pankrotimenetluses võrreldes tavapärase ettevõtte müügiga on asjaolu, et töölepingud ei lähe tööandja pankroti korral automaatselt üle ettevõtte omandajale (töölepingu seadus<sup>146</sup> § 112 lg 4). Õiguskirjanduses väidetakse, et Eesti ei ole korrektselt üle võtnud Euroopa Liidu Nõukogu direktiivi 2001/23/EÜ<sup>147</sup> ettevõtete või nende osade üleminekul töötajate õigusi kaitsvate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta<sup>148</sup>. Selle põhjenduseks tuuakse, et TLS § 112 lõikes 4 antud koosseis peaks olema seotud ettevõtte likvideerimise või tervendamise otsustamisega, mitte aga pankroti välja kuulutamisega.<sup>149</sup> Samas on leitud, et direktiivi 2001/23/EÜ artikli 5 lõike 1 vahetu kohaldamine ei ole ilmselt võimalik. Seega jääb töötajatele Euroopa Liidu ja Eesti õiguse harmoneerimata jätmise tõttu õigus pöörduda kohtusse Eesti riigi vastu riigi vastutust puudutavate sätete alusel.<sup>150</sup> Seetõttu järeldeb autor, et kehtiva õiguse alusel tuleb lähtuda TLS § 112 lg 4 sõnastusest, mille kohaselt ei ole hetkel kehtiva seadusandluse alusel töölepingud pankrotimenetluses kaitstud, olenemata sellest, kas pankrotimenetluse eesmärk on tervendamine või likvideerimine.

Sellisel juhul ei ole ettevõtte omandajal tõenäoliselt alust tugineda konkreetse ettevõtte kogemusele, mida lubas Riigikohus oma lahendis 3-3-1-45-12<sup>151</sup>. Riigikohus leidis, et “varasemale kogemusele tuginemine on võimalik eeskätt siis, kui ettevõtte osa üleminekul

---

<sup>146</sup> Töölepingu seadus. RT I 2009, 5, 35... RT I, 22.12.2012, 30

<sup>147</sup> EÜT L 82, 22.3.2001, lk 16—20

<sup>148</sup> K. Künnapas. Töötajate õigused maksejõuetu tööandja ettevõtte üleminekul: kas ebaõnnestunud harmoneerimine? Juridica II/2011

<sup>149</sup> Samas. Lk 126

<sup>150</sup> Samas, lk 128

<sup>151</sup> OÜ Tarbus kaebus riigihangete vaidlustuskomisjoni 2. veebruari 2012. a otsuse nr 10-12/127796 tühistamiseks ja Ida-Viru maavanema 3. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/1 punkti 2.2. ja Ida-Viru maavanema 12. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/10 punkti 1 õigusvastasuse tuvastamiseks

läks üle ka oluline osa personalist, /.../ et saaks eeldada riigihankemenetluses osaleva ettevõtte võimekust täita hankelepingus sätestatavaid kohustusi“.

Samuti ilmneb Riigikogus menetletud pankrotiseaduse algtekstis sisalduvast seletuskirjast, et praktika kohaselt ostsid pankrotistunud ettevõtte - kuid nüüd juba ilma võlgadeta - ära needsamad isikud, kes võlgnikku kuni tema pankrotistumiseni juhtisid või võlgnikus osalust omasid (ehk sisuliselt kasutatakse pankrotimenetlust ära üksnes võlgadest vabanemiseks).<sup>152</sup> Hetkel kehtiva pankrotiseaduse § 141 lg-ga 2 välistati võimalus võõrandada võlgadeta ettevõtte sellega seotud isikutele ilma võlausaldajate üldkoosoleku nõusolekuta ning 2009. a vastu võetud kohtutäituri seadusega<sup>153</sup> lisati täpsustus, mille kohaselt ei ole võlausaldajate üldkoosoleku nõusolekut ettevõtte võõrandamiseks vaja, kui võõrandamine toimub enampakkumise teel. Need abinõud on loodud takistamaks kokkumänge lähikondse või võlausaldaja ja halduri vahel<sup>154</sup>, kuid võlgadeta ja kohustusteta ettevõtte ostmise kolmanda isiku poolt on seega tänaseni pankrotiseaduse alusel võimalik. Kuna ettevõtte läheb üle seaduse alusel, siis on hankija võimalused takistada hankelepingu ülevõtmist seoses seda teenindava ettevõtte müügiga piiratud. Hankijatel on võimalus enda huvide kaitsmiseks sätestada hankelepingus, et pankrotimenetluses ettevõtte müügi teel hankelepingu üleandmiseks on vajalik hankija eelnev nõusolek. Sellisel juhul peab hankija ka kontrollima hankelepingu ülevõtja vastavust esialgsetele valikukriteeriumitele, sh kõrvaldamise aluste puudumist. Võlasuhete relatiivsuse põhimõtte kohaselt ei ole aga selline kokkulepe siduv kolmandatele osapooltele ning tegelikkuses ei takista selline lepinguline keeld ettevõtte müüki. Juhul kui maksejõuetu täitja müüb ettevõtte koos kehtiva hankelepinguga ilma hankija eelneva nõusolekuta, siis on tegemist esialgse hankelepingu täitja poolse lepingulise kohustuse rikkumisega ning hankijal on võimalik kasutada seadusest või lepingust tulenevaid õiguskaitsevahendeid, mille rakendamine ei ole aga efektiivne, kuivõrd esialgne lepingu täitja on pankrotis. Hankija liitub oma nõudega lihtsalt võlausaldajate ringi.

### 2.3.3 Hankelepingu müük pankrotimenetluses

Teiseks tuleb analüüsida hankelepingu müümise võimalust maksejõuetu täitja poolt olukorras, kus ei võõrandata tervet ettevõtet ega selle osa, vaid üksnes hankemenetluse teel võidetud hankelepingut.

---

<sup>152</sup> Pankrotiseaduse eelnõu. 1085 SE I. § 141 kommentaarid.

<sup>153</sup> RT I 2009, 68, 463

<sup>154</sup> Kohtutäituri seaduse eelnõu seletuskiri. 462 SE III. Lk 56

Kehtiv hankeleping koos selle õiguste ja kohustustega kogumis ei kuulu pankrotivarasse (kirjeldatud eespool) vaid hankelepingu müümisest või selle täitmisest saadav vara (eelduslikult raha) kuulub pankrotivarasse. Hankelepingu müümise teel teostab pankrotihaldur enda õigusi võlgniku seadusliku esindajana ning müügi motiiviks peab olema võlausaldajate parim kaitse ehk majanduslik tulu. Seadus ei anna maksejõuetule täitjale õigust anda hankeleping üle ilma hankija nõusolekuta. Seega tuleks autori hinnangul ka pankrotimenetluses hankelepingu müügil lähtuda VÕS §-st 179 ehk hankija nõusolek hankelepingu müümiseks on kohustuslik.

Maksejõuetu täitja puhul võib eeldada, et täitja on niivõrd suurtes majandusraskustes, et ka hankelepingu täitmises esineb puudusi ning seetõttu võib olla ohus hankelepinguga taotletava eesmärgi saavutamine. Sõltuvalt konkreetse kaasuse asjaoludest tuleb hinnata kas täitja maksejõuetus kätkeb endast riski hankelepinguga taotletava eesmärgi saavutamisele või on võimalik hankeleping lõpetada ning teha uus menetlus lepingu jätkamiseks. Nii hankijal kui täitjal võib olla huvi hankelepingu edasiseks täitmiseks kolmanda osapoolle poolt, mitte hankelepingu ülesütlemiseks. Hankija huvi on pigem seotud hankelepingu katkematu ning kiire täitmisega ning maksejõuetu täitja jaoks võib hankelepingu müük tähendada lisaraha pankrotivarasse.

Hankelepingu, mis on seotud intellektuaalse omandiga, mis kuulub või mida on õigus kasutada üksnes maksejõuetul täitjal, lõpetamisega kaasneks hankijale suur aja- ja lisakulu seoses uue lahenduse leidmisega. See on eriti aktuaalne IT-lepingutes, kus hankija on tellinud IT-süsteemi arenduse ning programmi autoriõigused kuuluvad sealjuures süsteemi arendajale mitte hankijale. Kui arendaja muutub hankelepingu täitmise faasis maksejõuetuks, siis tuleks kaaluda kas hankelepingut on võimalik üle anda teisele täitjale, kellele on maksejõuetu täitja poolt müüdud ka autoriõigused. Hankija ei saa täitjale ette määrata, kellele ta peaks autoriõigused müüma (kas hankijale endale või mõnele kolmandale isikule) ning vastav kokkulepe kujutaks endast igal juhul hankelepingu olulist muutmist vastavalt Pressetextis kujundatud reeglile.

Kui hankija peaks hankima avatud turult uue hankelepingu täitja, kellel puuduvad õigused varasema töö edasiseks arendamiseks, siis muutuks varasem töö täiesti kasutuks ning tegemist oleks avalike vahendite ulatusliku raiskamisega. Antud kaasust tuleks hinnata järgmistest

aspektidest: konkurentsi tagamise põhimõte ja mitte-diskrimineerimise keeld, pakkujate võrdne kohtlemine ning hankija huvi lepingu täitmise ja avaliku huvi täitmise osas.

Konkurentsi moonutavate otsuste vältimise olulisus peale hankelingu sõlmimist tugineb kahele asjaolule. Esiteks on oluline vältida hankijate endapoolseid konkurentsi moonutusi ning teiseks tuleb tagada hanke ettevalmistamise ja läbiviimise süsteemi efektiivsus, millest on võimalik mööda minna kui konkurentsi moonutavate otsuste tegemist lükata edasi hankelingu täitmise faasi.<sup>155</sup>

Õiguskirjanduses on mitmel korral õigustatud maksejõuetu täitja puhul lepingu üleandmise õigust, kuigi ei ole täiesti selge, kas maksejõuetu täitja tingib uue hankemenetluse korraldamise vaatamata selle tähtsusele riigihangete praktikas ning õiguskirjanduses on seda teemat käsitletud vähe<sup>156</sup>. Täitja maksejõuetust peetakse üldiselt hankijast sõltumatuks ning ettenägematuks asjaoluks, mistõttu ei saa pidada seda hankija hoolsuskohustuse rikkumiseks. Kui hankelingu on pikaajaline ning kompleksne ja esineb oluline avalik huvi lepingu jätkamise vastu samadel tingimustel, siis võib pidada teiste konkurentide huvide kaitsmist vähem oluliseks, mistõttu on õigustatud hankelingu üleandmine teisele kvalifitseerimistingimusi täitvale ettevõttele. Seda põhjendatakse argumendiga, et sellises olukorras ei oma hankija mingit kontrolli hankelingu ülevõtja isiku osas ning lepingu ülevõtmine ei riku seega diskrimineerimise keelu eesmärke. Märgitakse, et sellises situatsioonis tuleb kaaluda<sup>157</sup> pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet asjaoluga, et antud olukorras ei ole hankija tegevuses süüd ning hankija on olukorras, kus tal on põhjendatult vaja jätkata sama lepinguga projekti lõpetamiseks ilma täiendava aja- ja rahakuluta.<sup>158</sup> Pakkumuse muutmist uurivas üliõpilastöös on järeldatud, et lähtuvalt avalike vahendite säästva kasutuse põhimõttest, mis ei ole küll EL-i hanke üldpõhimõte, kuid milline eesmärk on liikmesriigi siseselt õiguspärane, võiks teatud juhtudel hankelingu keerukust vaadelda kui objektiivset põhjendust erinevale kohtlemisele, õigustamaks väheolulist riivet võrdse kohtlemise põhimõttele.<sup>159</sup> Eelpool toodud IT-süsteemi arendamise lepingu näite puhul on tavaliselt

---

<sup>155</sup> A. S. Graells. Public procurement and the EU competition rules. Oxford ; Portland (Or.) : Hart Publishing, 2011. Lk 343

<sup>156</sup> S. Treumer, 2012, p 2.1, S. T. Poulsen, p 5.4.6 ja K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. P 3.2.4.1

<sup>157</sup> Kuna hankelingu üleandmiseks on vaja hankija nõusolekut, siis peaks hankijal lasuma kaalutluskohustus enne nõusoleku andmist.

<sup>158</sup> S.T. Poulsen, p 5.4.2.

<sup>159</sup> K. Taube. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega : magistr töö. Tallinn : Tartu Ülikool, 2012. Lk 73-74.

tegemist komplektsete lepingutega, mille puhul lepingu jätkamise olulisus kaaluks üles võrdse kohtlemise ning konkurentsi tagamise põhimõtte.

Uue direktiivi eelnõu ütleb, et hankelepingu täitja muutmine ei ole oluline lepingumuudatus, kui selle tingib täitja maksejõuetus eeldusel, et ei tehta muid olulisi lepingumuudatusi ning uus täitja vastab algsetele valikukriteeriumitele.<sup>160</sup> Juhul kui siseriiklik pankrotiõigus seda lubab, siis annab see pankrotihaldurile õiguse müüa hankelepinguid.<sup>161</sup> Eelnevalt sai tuvastatud, et Eesti pankrotiseadus ei võimalda hankelepingute müüki enampakkumisel, kuid pankrotihalduril on pädevus hankelepingu müügiks (eeldab ka hankija nõusolekut). See lähenemine tekitab mitmeid õiguslikke küsimusi, kuid on praktikas olulise tähtsusega. Steen Treumer kirjutab, et tegemist on Euroopa Komisjoni senise praktika kodifitseerimisega, kuivõrd Komisjoni ametnikud on mitmel korral aktsepteerinud hankelepingu müüki põhjendusel, et muudes tingimustes ei ole läbirääkimisi toimunud ning hankija on teostanud tegelikku kontrolli hankelepingu uue täitja kvalifikatsioonitingimuste täitmise osas.<sup>162</sup>

Argumendid, mis toetavad eelpool toodud paindlikku käsitlust, on fakt, et maksejõuetus on erakordne asjaolu, mille eesmärgiks ei saa üldiselt pidada riigihanke nõuetest kõrvalehiilimist. Kuna pankrotihalduri eesmärgiks on kaitsta võlausaldajate huve maksimaalsel viisil, siis peaks olema halduri peamine huvi hankelepingu müümisel võimalikult kõrge hind ning kodakondsuse alusel diskrimineerimist ei tohiks reeglina seetõttu olla. Euroopa Liidu riigihankeõigusest tulenev piirang müüa pankrotis ettevõtte lepinguid kujutaks endast Steen Treumeri hinnangul olulist piirangut liikmesriikide seadusandlikule pädevusele pankroti- ja lepinguõiguse valdkonnas. Peale liikmesriikide pädevuse piirangut oleks selline keeld ka vastuolus hankijate esmaste huvidega, milleks on hankelepingu edasiseks täitmiseks kiire ja efektiivse lahenduse leidmine. Kuigi hankelepingu ülevõtja aktiivse otsimisega tegeleks pankrotihaldur ning hankija roll on üksnes anda nõusolek või sellest keelduda, siis uue direktiivi eelnõu art 72 lg 3 ei kohusta hankijat sellist nõusolekut andma, mistõttu säilib hankijal teatud kontroll hankelepingu täitja üle.<sup>163</sup> Autori hinnangul ei tohiks aga hankija otsus siiski põhineda subjektiivsetel alustel, vaid olema põhjendatud ning objektiivne. Samuti on Sue Arrowsmith väitnud, et hankija keeldumine hankelepingu täitja vahetamisest peaks

---

<sup>160</sup> Eelnõu art 72 lg 3

<sup>161</sup> S. Treumer, 2012, p 2.1.

<sup>162</sup> Samas

<sup>163</sup> Samas

tulenema riigihankedirektiivist<sup>164</sup>. Seega ei tohiks hankija teha uue hankelepingu täitja aktsepteerimisel või keelamisel suvaotsuseid, vaid lähtuma Euroopa Liidu aluspõhimõtetest – võrdne kohtlemine, läbipaistvus ja mitte-diskrimineerimine ning nõusoleku mitteandmisel lähtuma esialgsetele valikukriteeriumitele mittevastavusele. Näiteks võiks mitteaktsepteerimine olla õigustatud juhul, kui kolmas isik ei vasta seadusega kehtestatud minimaalsetele kvalifitseerimisnõuetele, näiteks on osalenud organiseeritud kuritegevuses või rahapesus.<sup>165</sup> Praktikas peaks hankija, saades teate lepingupartneri asendamise soovist, nõudma uue täitja kohta kvalifikatsiooni ja kõrvaldamise aluste puudumist tõendavaid dokumente. Dokumente hinnates peaks hankija jõudma järelduseni, kas uus potentsiaalne hankelepingu täitja suudab hankelepingut täita ning kui sellist veendumust ei teki, siis keelduma hankelepingu müügile nõusoleku andmisest.

Hankelepingute üleandmise lubatavusele maksejõuetuse kontekstis on ka mitmeid vastuväiteid. Nimelt on õiguskirjanduses välja toodud, et hankelepingu üleandmist tuleks pidada uue lepingu sõlmimiseks, kuivõrd hankemenetluses osalenud ja selle võitnud hankelepingu täitja identiteet on lahutamatult seotud hankelepinguga. Täitja isiku roll sõltub konkreetse lepingu sisust ning see on eriti tähtis teatud lepingute puhul, kus konkreetsed lepingu täitjad (töötajad ja nende kvalifikatsioon) on olnud aluseks hanke võitmisele.<sup>166</sup> Konkreetne vastuväide kehtib tegelikult kõikides hankelepingu üleandmise situatsioonides, kus üleandmine on sõltuvuses hankija nõusolekust.

Lepingu täitja kvalifikatsiooni tohib hinnata üksnes pakkuja kvalifitseerimise etapis. Nimelt on RHS § 41 lg 1 p 3 ja 5 ja riigihanke direktiivi artikli 48 lg 2 punktide b) ja e) alusel hankijal õigus küsida kvalifitseerimise tõendamiseks infot pakkuja töötajate või töövõtjate kutsehariduse ja kogemuse kohta. Kuid juhul kui pakkumuse valiku aluseks on määratud majanduslikult soodsaim pakkumus, siis on teatud objektiivsetel alustel õigus määrata üheks kriteeriumiks sõlmitava hankelepingu alusel vahetult teenuste osutamise või ehitustööde tegemise eest vastutavate isikute spetsiifilised tõendatud oskused või kogemus, millest otseselt sõltub osutatavate teenuste või tehtavate ehitustööde kvaliteet (RHS § 31 lg 4). See konkreetne pakkumuse hindamise kriteerium on oma olemusest kvalifikatsiooni kirjeldav näitaja, mida ei tohi reeglina pakkumuse hindamisel arvesse võtta. Seetõttu on pakkumuse hindamisel toodud sisse täiendav nõue, et üksnes vahetult teenuse osutamise eest vastutavate

---

<sup>164</sup> S. Arrowsmith, p 6.194

<sup>165</sup> M.A. Simovart, doktoritöö. Lk 135

<sup>166</sup> S. Treumer 2012, p 2.1.



töötajate kogemust võib hinnata. Olenevalt konkreetse hankemenetluse esemest ja keerukusest võivad kvalifitseerimise- ja pakkumuse hindamise kriteeriumid käsitleda otseselt teenuse osutamisega seotud töötajate oskuseid ja kogemusi. Juhul kui uus hankelepingu täitja ostab pankrotimenetluse käigus hankelepingu ning vastab sealjuures kõigile kvalifitseerimistingimustele ja hankija on seetõttu andnud nõusoleku hankelepingu üleandmiseks, võib tekkida risk, et uus täitja ei vasta tingimustele, mida hinnati pakkumuse hindamisel. Pakkuja poolt esitatud vastavaks tunnistatud pakkumus, mis on võlaõigusseaduse § 16 mõttes ofert, muutub hankija ja täitja vahel sõlmitava hankelepingu osaks<sup>167</sup>. Seetõttu tuleb järeldada, et kui uus hankelepingu täitja kaldub kõrvale poolte vahel sõlmitud lepingust (sh kvalifitseeritud ja hankija poolt aktsepteeritud) töötajate kasutamisest, siis rikub uus hankelepingu täitja lepingut. Samas ei ole hankija jaoks ega hankemenetluse võrdse kohtlemise printsiibi alusel oluline konkreetsete töötajate isikud, vaid fakt, et töötajad, kes hankelepingut täidavad, vastaksid pakkumuse hindamise kriteeriumites toodud nõuetele. Seetõttu peaks uus hankelepingu täitja veenduma ja kindlustama, et tal on vastava kvalifikatsiooniga töötajad või alltöövõtjad, kes lepingut edasi täidaksid ning teavitama töötajate muutusest hankijat. Kui hankelepingu täitja ei suuda selliseid töötajaid leida ning hankija aktsepteerib seda, siis on tõenäoliselt tegemist hankelepingu olulise muutmisega, kuivõrd muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mis oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.

Eelpool kirjeldatud risk on omane hankelepingu ülevõtmisele lepingu ülevõtmise institutsiooni alusel, kui ka ettevõtte ülemineku korral, kuivõrd pankrotimenetluses müüdnud ettevõtte või selle osaga ei lähe automaatselt kaasa sellega seotud töölepingud. Autori hinnangul on tegemist olulise riskiga hankija jaoks, kui hankelepingut hakkab täitma ettevõtte, kellel puudub pädev personal lepingu täitmiseks. Vastupidi ettevõtte üleminekule VÕS § 180 alusel, ei vastuta pankrotis kuid hankemenetluses osalenud pakkuja solidaarselt ettevõtte omandajaga enne ettevõtte üleminekut tekkinud kohustuste eest, mis on ülemineku ajaks muutunud sissenõutavaks või mis muutuvad sissenõutavaks viie aasta jooksul pärast üleminekut (VÕS § 183 lg 1). Kas see aga kujutab endast lepingu muudatust, mis on vastuolus riigihangete üldpõhimõtetega või üksnes hankija ja hankelepingu ülevõtja vahelist tsiviilvaidlust lepingu täitmise üle?

---

<sup>167</sup> RHS § 43 lg 1 kohaselt on pakkumus pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks, mis on pakkujaile siduv alates pakkumuste esitamise tähtpäevast vähemalt kuni hankedokumentides määratud pakkumuse jõusoleku minimaalse tähtaja lõppemiseni.

Hankelepingu müümist pankrotimenetluse käigus on Euroopa Liidus riigihangete seisukohast käsitletud erinevalt. Näiteks on Euroopa Komisjoni ametnikud aktsepteerinud hankelepingu müüki<sup>168</sup>, kuid Saksamaa riigihangete kaebuste komisjon<sup>169</sup> on leidnud, et sellises olukorras oli tegemist uue hankelepingu sõlmimisega, kuivõrd täitja identiteet on hankelepinguga lahutamatult seotud.<sup>170</sup> See näitab, et EL-i ja liikmesriikide lähenemine võib olla erinev ning identsetel asjaoludel asja hinnates võib EL õiguse järgi jõuda ühele järeldusele, kuid siseriikliku õiguse alusel teisele. Uue direktiivi eelnõu on antud teemal suhteliselt paindlik ning tõenäoliselt on sellisele käsitlemisele võimalik tugineda ka praegusel hetkel, kuigi direktiiv on alles eelnõu staadiumis. Nimelt on selle järelduseni võimalik tulla ka Euroopa Liidu aluspõhimõtete ja riigihanke direktiivi üldpõhimõtete sisustamise teel, kuid konkreetne järeldus sõltub ka siseriiklikust õigusest, mis võib sätestada täiendavaid piiranguid.

Steen Treumer pakub, et eelnõu sätet võiks täiendada viisil, et maksejõuetuse korral tuleks hankelepingu täitmist pakkuda kõigepealt hankemenetluses teisele kohale jäänud pakkujale. Juhul kui teiseks jäänud pakkuja keeldub, siis tuleks seda pakkuda kolmandale jne. Juhul kui kõik pakkuja keelduvad, siis alles siis võiks pankrotihaldur pakkuda lepingut hankemenetluse välisele isikule.<sup>171</sup>

Treumeri poolt pakutud käsitus võiks iseenesest olla soovitatav juhul pankrotihalduritele, kuivõrd tõenäoliselt on hankemenetluses osalenud pakkujad kõige rohkem huvitatud hankelepingu edasisest täitmisest. Ülejäänud pakkujad teavad hankelepingu eset ning selle täitmise tingimusi, kuivõrd nad on hankel osalenud ja tööle või teenusele pakkumuse esitanud. Praktilise poole pealt võtab just neil ettevõtjatel kõige vähem aega ennast tehtud tööga kurssi viimine ning sellega jätkamine pooleli jäänud punktist võib olla hankijale kõige paremaks lahenduseks.

Riigihanke direktiivi eelnõu art 72 lg 3 sätestab eeldused millistel juhtudel ei loeta täitja vahetust oluliseks lepingu muudatuseks. See ei tähenda, et täitja vahetust saaks hinnata üksnes viidatud artikli alusel. Juhul kui maksejõuetu täitja pankrotihalduri poolt leitud uus täitja ei vasta esialgsetele valikukriteeriumitele, olles seega oluline lepingu muudatus, siis annab

---

<sup>168</sup> S. Treumer, 2012, p 2.1.

<sup>169</sup> *Bundeskartellamt, 3. Vergabekammer des Bundes*, decision of June 29, 2005 in the case *VK Bund*, VK 3-52/05. Viidatud S. Treumer, 2012, p 2.1.

<sup>170</sup> S. Treumer, 2012, p 2.1.

<sup>171</sup> Samas

eelnõu artikkel 72 lg 6 võimaluse siiski sõlmida olulisi lepingumuudatusi ettenägematute asjaolude alusel, mida analüüsiti töö peatükis 1.5.

Ettenägematute asjaolude all mõistetakse asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel.<sup>172</sup>

Hankelepingu täitja muudatus ei muuda lepingu üldist olemust, kuna lepingu olemust iseloomustab lepingu sisu (konkreetsed teenused, asjad või ehitustööd), mitte selle täitja. Täitja maksejõuetust on samuti õiguskirjanduses peetud hankija jaoks ettenägematuks asjaoluks<sup>173</sup>, mis annab kokkuvõttes aluse kaaluda kas hankelepingu täitja muutmine maksejõuetuse korral on alternatiivselt lubatav eelnõu artikli 72 lg 6 alusel.

Hankelepingu täitja muutmine maksejõuetu täitja puhul peab peale EL õiguse vastama ka siseriiklikule õigusele. Nagu eelpool käsitletud tuleb analüüsida RHS § 69 lg 3 ja 4 täitmist konkreetsete asjaolude alusel. Eestis piirab hankija nõusoleku andmist antud kontekstis hankelepingu ülevõtmiseks kaks seadusest tulenevat nõuet: hankelepingu täitja muutmata jätmine peab ohustama hankelepinguga taotletava eesmärgi täitmist ning keeld sõlmida lepingumuudatust, kui on võimalik sõlmida uus hankeleping. Hankija hoolsuskohustuse täitmine ei ole autori meelest siinkohal praktiline probleem, kuivõrd täitja maksejõuetus on üldiselt aktsepteeritud ettenägematu ja erakordne asjaolu, mida hankija ei pea ette nägema.<sup>174</sup> Kuigi hankemenetluse ajal kohustub pakkuja kinnitama, et ta ei ole pankrotis või likvideerimisel, et tema äritegevus ei ole peatatud või muus sellesarnases seisukorras oma asukohamaa seaduse kohaselt (RHS § 38 lg 1 p 2), mis annab tunnustust hankija hoolsuskohustuse täitmisest seoses täitja maksejõuetusega, siis vaatamata sellele on hankijal kohustus sätestada kvalifitseerimistingimused, mis tagavad nõuetekohase lepingu täitmise. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkuja või taotleja hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks (RHS § 39 lg 1 II lause). Juhul kui hankija on sätestanud ilmselgelt liiga madalad kvalifitseerimise nõuded konkreetse hankelepingu täitmiseks, siis võib väita, et hankija ei olnud hanke planeerimisel piisavalt hoolas. Autor ei

---

<sup>172</sup> KOM (2011) 896 lõplik, preambula p 46, lk 25

<sup>173</sup> S.T. Poulsen, p 5.4.2.

<sup>174</sup> S. Treumer, 2012, p 2.1.

taha samas sellise arutluskäiguga täielikult nõustuda, kuna hankija ei peaks võtma endale vastutust täitja üldise maksevõimekuse, vaid üksnes konkreetse hankelepingu täitmise võimekuse hindamise osas.

Hetkel kehtiva riigihanke seaduse kohaselt peab seega arvestama, et hankija võib anda nõusoleku hankelepingu müümiseks (olenemata uue täitja isikust) üksnes siis, kui on täidetud RHS § 69 lg-s 3 sätestatud tingimused. Seega peaks pankrotihalduri huvides olema tõestada hankijale, et need tingimused on täidetud ning siis asuma hankelepingu müügist huvitatud isikutega läbirääkimistesse müügihinna osas.

Autor kirjeldas eelpool näidet IT-süsteemi arenduse lepingust, kus on oluline roll autoriõigustel. Sisuliselt on võimalik lepingut edasi täita vaid sellel isikul, kellele kuuluvad autoriõigused. Hankijat ei aita siinkohal ka autoriõiguse seaduse<sup>175</sup> § 24 lg 1, mis lubab arvutiprogrammi õiguspärasel kasutajal ilma programmi autori nõusolekuta ja täiendava autoritasu maksmiseta programmi reprodutseerida, tõlkida, kohandada (adaptsioon) ning muul viisil ümber töötada ja saadud tulemusi reprodutseerida tingimusel, et see on vajalik programmi kasutamiseks seadmel või seadmetel, ulatuses ja eesmärkidel, milleks programm omandati või programmis esinevate vigade parandamiseks. Arvutiprogramm kui teos ei ole veel valmis ning seetõttu ei saa rääkida programmis esinevatest vigadest või programmi ümbertöötamisest kasutamiseks hankija määratud seadmetele. Kui hankija asub programmi ise edasi arendama (eeldusel, et tal on selleks programmi lähtekood), siis loob ta tõenäoliselt tuletatud teose, milleks tal õigust ei olnud ning konkureerib sellega esialgse autoriga<sup>176</sup>.

Rahandusministeerium on avaldanud arvamust, et juhul kui tegemist on olulise lepingumuudatusega, kuid uue lepingu sõlmimine on ajakriitiline, siis peaks hankija hoopis kasutama võimalusel seaduses ettenähtud väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust.<sup>177</sup> RHS § 28 lg 2 p 2 annab aluse korraldada hankija poolt välja valitud pakkujaga väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus, kui tehnilistel või kunstilistel põhjustel või ainuõiguse kaitsega seotud põhjustel saab hankelepingu sõlmida ainult ühe pakkujaga. Rahandusministeeriumi rangest tõlgenduspraktikast RHS § 69 lg 3 ja 4 osas võib

---

<sup>175</sup> RT I 1992, 49, 615...RT I, 28.12.2011, 5

<sup>176</sup> M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias: Autori varalised õigused. Juridica X/2010, lk 757- 758, 764

<sup>177</sup> E. Karindi-Kask. Lk 12.

eeldada, et hankija peaks lepingu muutmisele eelistama uue hankelepingu sõlmimist, kui see on võimalik. Hankijal on võimalik asuda maksejõuetu täitja autoriõiguste omandajaga väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlusse ning lõpetada esialgne hankeleping seoses täitja poolse eeldusliku lepingu rikkumisega. Samuti konkureerib RHS § 69 lg-s 3 sätestatud ohukriteerium RHS § 28 lg 2 p-s 3 sätestatud õigusega korraldada väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega riigihange kui hankelepingu kiire sõlmimine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud äärmise vajaduse tõttu, mis ei võimalda kinni pidada käesoleva seaduse §-s 35 sätestatud tähtaegadest. Samas ei anna see alus hankijale õigust edastada hankedokumendid vaid ühele pakkujaile ning võrdse kohtlemise ja vaba konkurentsi põhimõttest tulenevalt tuleks dokumendid esitada mitmele pakkujaile.

Uue hankelepingu sõlmimine uue hankemenetluse teel maksejõuetu täitja tõttu on hankija jaoks halvem lahendus kui hankelepingu ülevõtmine uue täitja poolt, kuna uue hankelepingu puhul ei vastuta uus hankelepingu täitja varem tehtud töö eest. Kuna esialgne täitja on maksejõuetu ja tõenäoliselt kuulub likvideerimisele, siis ei ole hankijal kelleltki nõuda lepingutingimustele mittevastava töö või teenuse parandamist ning ta peab kulutama lisavahendeid puuduste kõrvaldamiseks kolmandate osapoolte poolt. Maksejõuetu täitja saneerimise puhul võib olla lootust, et hankijal on kellele esitada puudustest tulenevaid vastuväiteid. Kui aga hankelepingu võtab üle uus täitja, siis vastutab ta kogu töö eest (VÕS § 179 lg 2), sh juba varem lepingu alusel tehtud tööde eest ning see võimaldaks hankijal kiiremini ning odavamalt jõuda hankelepinguga taotletud eesmärgini.

## 2.4 Hankelepingu muutmine muudatuste korral konsortsiumis

Hankemenetluses on võimalik osaleda ka ühispakkujatel, mis võivad koosneda omavahel seotud ettevõtetest, kui ka mitteseotud ettevõtetest<sup>178</sup>. Sealjuures ei või hankija ühise pakkumuse või ühise hankemenetluses osalemise taotluse vastuvõtmise eeldusena nõuda, et ühispakkujad või ühistaotlejad oleksid moodustanud juriidilise isiku või muus õiguslikus vormis ühinenud (RHS § 12 lg 6 ja direktiivi artikkel 4 lg 2).

Ühispakkumuste esitamise majanduslikud ja õiguslikud põhjendused taanduvad tavaliselt kvalifitseerimistingimuste täitmisele ning äririskide jagamisele. RHS §§ 40 lg 4 ja 41 lg 7 alusel võivad ühispakkujad või ühistaotlejad kvalifitseerimise tingimustele vastavuse

---

<sup>178</sup> Rahvusvahelises õiguskirjanduses ja hankepraktikas on levinud ühispakkujate jaoks mõiste konsortsium, mida kasutatakse ka käesolevas töös

tõendamiseks tugineda teiste ühispakkujate või ühistaotlejate pädevusele, kui see on vastava kriteeriumi olemusest tulenevalt võimalik. Juhul kui tegelikult suudab üks pakkuja täita kvalifitseerimistingimused ka iseseisvalt, siis võib eeldada, et ühispakkumus on esitatud äririskide jagamise kaalutlustel ning võimalik, et ka vabade rahaliste vahendite puudumise tõttu (eeldusel, et kvalifitseerimistingimuseks ei olnud tõend, mis näitab, et pakkujal on hankelepingu täitmise tagamiseks vajalikud rahalised vahendid või tal on võimalus neid saada). Ühispakkumused on tegelikult enda olemuselt potentsiaalsed konkurentsi kahjustavad kokkulepped, kui need on tehtud valedel kaalutlustel. Nimelt on Saksa ülemkohus kaalunud ühispakkumuse kooskõla konkurentsioigusega ning leidnud, et konsortsiumi loomine on kooskõlas konkurentsioigusega üksnes siis, kui ühispakkuja iseseisev osalemine hankemenetluses on majanduslikult sobimatu ja kaubanduslikult põhjendamatu.<sup>179</sup> Seega kui Saksa ülemkohtu seisukoht oleks omistatav ka Eesti õigusele, siis tuleks järeldada, et konsortsiumikokkuleppe näol, mille osapooled täidavad iseseisvalt hankemenetluse kvalifitseerimistingimused ning mille võitmine ei ole majanduslikult sobimatu ja põhjendamatu vaid ühe pakkuja puhul, võib tegemist olla konkurentsi kahjustava kokkuleppega. Käesoleva töö eesmärk ei ole tuvastada konkurentsioiguse ühiseid lähtekohti Eesti ja Saksa õiguses, mistõttu jääb lahtiseks sellise järelduse kohaldumine Eestis.

Hankelepingu täitja muutmine konsortsiumi puhul võib põhimõtteliselt esineda kolmel viisil:

- 1) konsortsiumis asendatakse üks täitja teisega;
- 2) konsortsiumist lahkub üks või mõni täitja;
- 3) konsortsiumiga liitub üks või mõni täitja.

Ka konsortsiumi liikmetega võib ette tulla ettevõtte müüki, ettevõttesisest ümberkujundamist või mõne liikme maksejõuetust. Samuti võib esineda tõsisid koostöö probleeme või hankelepingu puudulikkust täitmist mõne liikme poolt, mis tekitab konsortsiumi juhtivpartneril soovi ebaadekvaatne liige välja vahetada. Juhul kui see juhtub, siis tekib küsimus, et millistel tingimustel on võimalik muuta konsortsiumi koosseisu.

Ka ühispakkujatega sõlmitud lepingu muutmisel kehtib Pressetextis kujundatud reegel, mille kohaselt on lepingu muudatus oluline, kui sellega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleksid juhul, kui nad oleksid olnud seatud

---

<sup>179</sup> M. Gabriel. The establishment and participation of bidding consortia in award and review procedures in Germany and Austria. Public Procurement Law Review, 2007, 3, 174-194. P 4.4.

esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel.

Konsortsiumi liikmete muutmise osas on Euroopa Kohtus lahend Makedoniko<sup>180</sup>, mille asjaolude kohaselt muutus ühispakkujate koosseis enne lepingu sõlmimist, kuid peale ühistaotlejate taotluse esitamist piiratud hankemenetluses osalemiseks ja pakkumuse esitamist. Hanketeate kohaselt võis ühispakkujate koosseisus teha muudatusi üksnes kuni pakkumuse esitamise kuupäevani, kuid ühispakkuja Makedoniko Metro teatas peale pakkumuste esitamist, et nende ühispakkujate koosseis on muutunud. Hankija lõpetas seepeale läbirääkimised konkreetse ühispakkujaga, kuivõrd Kreeka seaduste kohaselt ei võinud ühispakkujad teha muudatusi konsortsiumi koosseisus peale pakkumuste esitamist. Kohus leidis, et selline siseriiklik säte ei ole vastuolus riigihanke direktiividega vaatamata sellele, et direktiivid antud olukorda ei reguleeri.<sup>181</sup> Kuigi antud vaidlus lahendati eelmise riigihanke direktiivi järgi, on selle järeldused omistatavad ka hetkel kehtivale direktiivile, kuivõrd selles küsimuses direktiivid ei erine. Õiguskaitse osas märkis kohus, et vaatamata sellele, et direktiivid ei reguleeri antud olukorda, on kahjustatud isikutel võimalik nõuda enda õiguste kaitsmist õiguskaitse direktiivi alusel, kui siseriiklik säte rikub EL aluspõhimõtteid või riigihanke üldpõhimõtteid.<sup>182</sup>

Kaasust kommenteerivas artiklis sedastati, et kohus ei andnud mingeid juhiseid olukorras, kus ka siseriiklikus õiguses puudub regulatsioon konsortsiumi liikmete muutmise osas nagu see puudub Inglismaal<sup>183</sup> ja sarnaselt Eestis. Inglismaal on järeldatud, et olukorras, kus puuduvad konkreetsed sätted, on konsortsiumi koosseisu muutmine teatud piirangutega *prima facie* lubatud. Ühenduse riigihankeõiguse sätteid on võimalik riivata kui konsortsiumi liikmete muudatus muudab oluliselt konsortsiumi olemust või mõjutab tema võimekust. Näiteks kui ühispakkuja X konkreetsele oskusele on tuginetud hankemenetluses, mille tõttu osutus pakkumus edukaks, kuid pakkuja X lahkub konsortsiumist ning teda ei asendata uue pakkujaga. Sellisel juhul tuleks jaatada ühenduse õigusest tulenevat võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.<sup>184</sup> Seega tuleks pidada ühenduse õigusega vastuolus olevaks olukorda, kus konsortsiumist lahkub pakkuja, kelle kvalifikatsioonile on tuginetud hankemenetluses,

---

<sup>180</sup> EK 23.01.2003 C-57/01 Makedoniko

<sup>181</sup> Samas, p 63

<sup>182</sup> Samas, p 73

<sup>183</sup> A. Brown. Post tender changes in the membership of a bidding consortium: case C-57/01 Makedoniko. Public Procurement Law Review. 2003, 3, NA56-59.

<sup>184</sup> Samas

ning teda ei asendata teise algseid tingimusi täitva ettevõtjaga. Samas peaks konsortsiumil olema võimalik tõendada kvalifikatsiooni ka alltöövõtja pädevusega, mitte üksnes teise ühispakkujaga tuginedes RHS §§ 40 lg-le 3 ja 41 lg-le 6<sup>185</sup>. Juhul kui konsortsiumi allesjäänud liikmed ei soovi poole tehingu pealt astuda keerulistesse koostöösuhetesse uue ettevõtjaga, siis on allhankija roll konsortsiumi jaoks vähem riskantsem, kuid hankija jaoks tähendab see väiksemat arvu solidaarvõlgnikke, kelle käest nõuda kohustuse täitmist.

Õiguskirjanduses on konsortsiumi liikmete muudatust analüüsitud ka Saksamaa ja Austria näitel. Saksamaal on konsortsiumi liikmete muudatus avatud, piiratud ja läbirääkimistega hankemenetluses peale pakkumuste esitamist ja enne eduka pakkumuse valimist üldiselt keelatud. Erandeid tehakse üksnes õigusjärgluse olukorras, eeldusel, et sellega ei muutu pakkumuse sisu ega pakkuja identiteet. Selle põhjenduseks on pakkuja võrdse kohtlemise põhimõte, millest Saksamaa ja Austria rangelt kinni peavad.<sup>186</sup> Kuivõrd konsortsiumis on keelatud teha muudatusi peale pakkumuste esitamist, siis tuleb loogiliselt järeldada, et see reegel kehtib ka hankelepingu täitmise perioodil.

Praktikas toimub konsortsiumide koosseisudes muudatusi enne ja peale hankelepingu sõlmimist Euroopas palju.<sup>187</sup> Uus riigihanke direktiiv lubab hankelepingu täitja muutmist maksejõuetuse korral samaväärse täitjaga ning ei ole põhjendust, miks ei võiks sama kohaldada ka konsortsiumi liikme suhtes (vt p 2.3. põhjendusi ja järeldusi). Juhul kui üks konsortsiumi liige on muutunud maksejõuetuks, siis tema välja vahetamine ei ole vastuolus ka täna kehtivate EL riigihanke põhimõtetega. Praktiline erinevus seisneb iga ühispakkuja kvalifitseerimistingimuste kontrollimises, kuivõrd reeglina ei vasta ükski ühispakkuja iseseisvalt kõigile tingimustele. Hankija peaks hindama uue hankelepingu täitja kõrvaldamiste aluste puudumist, kuivõrd see on seotud iga pakkuja individuaalselt, ning kvalifitseerimistingimuste täitmist koos allesjääva konsortsiumi liikme referentsiga. Kui uue konsortsiumi pädevus koosmõjus vastab esialgsetele valikukriteeriumitele ning Eesti puhul vastab RHS § 69 lg-s 3 sätestatud eeldustele, siis on hankijal õigus anda nõusolek konsortsiumi maksejõuetu liikme välja vahetamiseks.

---

<sup>185</sup> Riigihanke direktiivi artikkel 47 lg 2 ja 3 ning art 48 lõige 3 ja 4 ning võrgustiku sektori direktiivi artikkel 54 lõige 5 ja 6

<sup>186</sup> M. Gabriel. The establishment and participation of bidding consortia in award and review procedures in Germany and Austria. Public Procurement Law Review. 2007, 3, 174-194, p 5.1 ja 5.2.

<sup>187</sup> S. Treumer. P 2.2.



Uue direktiivi eelnõu käsitleb teise alusena ettevõtte restruktureerimist ehk ühinemistest, ülevõtmistest või muudest sisemistest ümberkorraldustest tulenevat vajadust hankelepingu täitja muutmiseks. Selle all ei ole mõeldud konsortsiumisest restruktureerimist, kuna vastupidine tõlgendus annaks õiguse vabalt lisada konsortsiumisse täiesti uusi ettevõtteid, kes ei ole hankemenetluses osalenud moonutades sellega konkurentsi.<sup>188</sup>

Konsortsiumi liikme ettevõtte üleminekul või äriühingu jagunemisel, ühinemisel või tütarettevõtja asutamisel kehtivad autori hinnangul samad reeglid, mis iseseisva hankelepingu täitja puhul. Koos ettevõtte ülemineku või äriühingu jagunemise/ühinemisega lähevad üle kõik hankelepingud ja koostöölepingud teiste konsortsiumi liikmetega ning ei tohiks esineda olulisi erisusi hankelepingute puhul vaid ühe täitjaga.

## 2.5 Vahekokkuvõtte

Hankija nõusolek ei ole nõutav hankelepingu täitja ettevõtte üleminekul. VÕS § 180 lg 1 alusel läheb hankeleping üle ettevõtte omandajale ning riigihangete õigus siinkohal täiendavaid piiranguid ei sea.

Uut riigihanke direktiivi eelnõud tuleks tõlgendada viisil, et hankelepingu täitja muutmise korral peab hankija kontrollima uue täitja vastavust esialgsetele valikukriteeriumitele üksnes siis, kui hankelepingu üleminekuks on nõutav hankija nõusolek. Seadusandja peab õigusselguse huvides direktiivi harmoneerides määratlema, mis kuupäeva seisuga on hankija kohustatud kontrollima maksuvõlgnevuste puudumist uuel hankelepingu täitjal.

Äriühingute ühinemisel ja jagunemisel lähevad hankelepingud üle õigusjärgluse (TsÜS § 6) ehk seaduse alusel ning hankelepingute ülevõtmine ei vaja lepingu teise osapoole nõusolekut. Kehtiv riigihangete seadus, EL aluspõhimõtted ega nendest tuletatud riigihanke üldpõhimõtted ei nõua hankijale eristaatust selles küsimuses.

Hankelepingu üleandmine esialgse täitja tütarettevõttele on lubatav eeldusel, et tütarettevõtte on esialgse täitja ainuomandis ning esialgne täitja jääb hankija ees solidaarselt vastutama koos tütarettevõttega. Uue direktiivi eelnõu kohaselt on lubatav hankelepingu üleandmine tütarettevõttele, kui viimane vastab esialgsetele valikukriteeriumitele. Juhul kui ta nendele ei vasta, siis peaks emaettevõtja jääma vähemalt solidaarselt vastutavaks hankija ees.

---

<sup>188</sup> Samas

Äriühingu aktsiate või osade müük ei kujuta endast reeglina hankelepingu olulist muutmist. Kui hankeleping on sõlmitud ilma hankemenetluseta tuginedes sisetehingu reeglile (*in-house* erand), siis kujutab selliste ettevõtete erastamine koos kehtivate hankelepingutega endast uue hankelepingu sõlmimist, kuna hankelepingu näol ei ole enam tegemist sisetehinguga direktiivi mõistes.

Ettevõtte müümisel pankrotimenetluse käigus lähevad hankelepingud üle seaduse alusel ilma hankija nõusolekuta. Eesti seaduste kohaselt ei lähe töölepingud töandja pankroti korral automaatselt üle ettevõtte omandajale, mistõttu võib pankrotimenetluses omandatud ettevõtte puhul ilmned a raskuseid hankelepingute täitmisel. Hankijal on võimalus ennast kaitsta lepingulise kohustuse sätestamisega, millega täitja kohustub siiski võtma lepingu üleandmisele eelnevalt hankija nõusoleku. Selline kokkulepe ei kehti aga kolmandate isikute suhtes ning ei mõjuta lepingu üleandmise kehtivust.

Hankelepingu müümisel pankrotimenetluses on vajalik hankija eelnev nõusolek. Hetkel kehtiva riigihanke seaduse kohaselt peab siiski arvestama, et hankija võib anda nõusoleku hankelepingu müümiseks (olenemata uue täitja isikust) üksnes siis, kui on täidetud RHS § 69 lg-s 3 sätestatud tingimused. Uue direktiivi eelnõu kohaselt ei ole eesmärgi saavutamise oht ega ettenägematud asjaolud oluline eeldus, kui uus hankelepingu täitja vastab esialgsetele valikukriteeriumitele.

Konsortsiumi liikme ettevõtte üleminekul või äriühingu jagunemisel, ühinemisel või tütarettevõtja asutamisel kehtivad autori hinnangul samad reeglid, mis iseseisva hankelepingu täitja puhul. Koos ettevõtte ülemineku või äriühingu jagunemise/ühinemisega lähevad üle kõik hankelepingud ja koostöölepingud teiste konsortsiumi liikmetega ning ei tohiks esineda olulisi erisusi hankelepingute puhul vaid ühe täitjaga.

Juhul kui konsortsiumi liikme muutmiseks on muud alused, kui eelnevas punktis toodud, siis on vaja hankelepingu muutmiseks hankija nõusolekut. Praktiline erinevus seisneb iga ühispakkuja kvalifitseerimistingimuste kontrollimises, kuivõrd reeglina ei vasta ükski ühispakkuja iseseisvalt kõigile tingimustele. Hankija peaks hindama uue hankelepingu täitja kõrvaldamiste aluste puudumist, kuivõrd see on seotud iga pakkujaga individuaalselt, ning kvalifitseerimistingimuste täitmist koos allesjääva konsortsiumi liikme(te) referentsiga. Kui uue konsortsiumi pädevus koosmõjus vastab esialgsetele valikukriteeriumitele ning Eesti

puhul vastab RHS § 69 lg-s 3 sätestatud eeldustele, siis on hankijal õigus anda nõusolek konsortsiumi maksejõuetu liikme välja vahetamiseks.

## KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö uurimisobjektiks oli analüüsida hankelepingu ülevõtmise õiguspärasust Euroopa Liidu ja Eesti riigihangete seaduse kohaselt.

Käesoleva töö esimeses peatükis analüüsiti hankelepingu ülevõtmist kui hankelepingu muudatust Euroopa Liidu õigusaktide, kohtupraktika ja Eesti riigihangete seaduse alusel. Eestis puudub hankelepingu muutmist (st RHS § 69 lg 3 ja 4) rakendav kohtupraktika, mistõttu sai tugineda üksnes Euroopa Kohtu kohtupraktikale. Samuti analüüsiti hankelepingu muudatuse regulatsiooni uue riigihanke direktiivi eelnõu kohaselt.

Euroopa Liidu kohtupraktika kohaselt nõuab oluline lepingumuudatus uut riigihankemenetlust. Riigihangete seaduse kehtiv tõlgenduspraktika tugineb samuti olulise lepingumuudatuse reeglile. Rahandusministeeriumi tõlgenduse alusel on võimalik lepingumuudatuse (olenemata sellest kas nad on olulised või mitteolulised) sõlmida üksnes siis, kui esinevad RHS § 69 lg-s 3 esinevad asjaolud. Autori hinnangul tuleks sellisest piirangust loobuda, kuivõrd Euroopa Kohtu praktika ei nõua mitteoluliste lepingumuudatuste puhul täiendavate asjaolude esinemist nagu hankija piisav hoolsuskohustus ning hankelepingu eesmärgi ohtu sattumine.

Samuti sai töös tuvastatud, et uus riigihangete direktiiv ei too hankelepingu muutmise osas olulisi muudatusi võrreldes kehtiva dogmaatikaga. Kõige olulisemateks põhimõteteks hankelepingute täitmise ja muutmise valdkonnas Euroopa Liidu riigihankeõiguse kohaselt võib pidada pakkujate võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse printsiipi.

Eeldus, et hankelepingu täitja muutmine on oluline lepingumuudatus, mis üldjuhul eeldab uut riigihankemenetlust sai tõestatud. Uue riigihanke direktiivi eelnõu kohaselt loetakse eranditeks töövõtja täielikku või osalist asendamist pärast ettevõtte restruktureerimist või maksejõuetust teise algseid kvalitatiivseid valikukriteeriume täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne muid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida.

Uut riigihanke direktiivi eelnõud tuleks tõlgendada viisil, et hankelepingu täitja muutmise korral peab hankija kontrollima uue täitja vastavust esialgsetele valikukriteeriumitele üksnes siis, kui hankelepingu üleminekuks on nõutav hankija nõusolek. Seadusandja peab

õigusselguse huvides direktiivi harmoneerides määratlema, mis kuupäeva seisuga on hankija kohustatud kontrollima maksuvõlgnevuste puudumist uuel hankelepingu täitjal. Sealhulgas ei saa eesmärk omaette olla maksuvõlgnevuste puudumine hankemenetluse algamise päeval. Eesmärgiks on tuvastada, et hankelepingut ei sõlmitaks pakkujaga, kellel on maksuvõlgnevus ning täpse kuupäeva määramine peab vastama keelu eesmärgile.

Hankelepingu õigusvastase ülevõtmise puhul on võimalik kohaldada kolme õiguslikku tagajärge: hankelepingu muudatuse ehk ülevõtmise tühisus, hankija avalik-õiguslik vastutus ning huvitatud isikule kahju hüvitamine. Kui hankelepingu õigusvastase ülevõtmisega on sõlmitud sisult keelatud otseleping, siis peab selline lepingu muudatus olema tühistatav. Vaid olulise avaliku huvi puhul on võimalik hankelepingu muudatus jõusse jätta ning vaid lühendada selle tähtaega. Kahju hüvitamine ebaseadusliku otselepingu teel on praktiliselt illusoorne õigus, kuivõrd äärmiselt raske on tõendada, et avaliku pakkumismenetluse teel oleks hankeleping sõlmitud just kahju hüvitamist taotleva pakkujaga. See tuleneb asjaolust, et ebaseadusliku otselepinguga ei ole algatatud mingit avalikku menetlust, mistõttu ei ole isegi võimalik ennustada, et millised ettevõtted oleks üldse pakkumuse esitanud ning mis tingimustel.

Magistritöö teine peatükk käsitles konkreetseid hankelepingu ülevõtmise viise. Magistritöös jõuti objektiiv-teleoloogilise ja süstemaatilis-loogilise tõlgendusargumentide teel järeldusele, et ettevõtte üleminekul (nii VÕSi kui ka PankrS mõttes) ning äriühingu jagunemisel ja ühinemisel ei ole vaja hankija nõusolekut hankelepingute ülevõtmiseks, kuivõrd hankelepingud lähevad üle seaduse alusel.

Hankelepingu üleandmine esialgse täitja tütarettevõttele on lubatav eeldusel, et tütarettevõtte on esialgse täitja ainuomandis ning esialgne täitja jääb hankija ees solidaarselt vastutama koos tütarettevõttega. Uue direktiivi eelnõu kohaselt on lubatav hankelepingu üleandmine tütarettevõttele, kui viimane vastab esialgsetele valikukriteeriumitele. Juhul kui ta nendele ei vasta, siis peaks emaettevõtja jääma vähemalt solidaarselt vastutavaks hankija ees.

Äriühingu aktsiate või osade müük ei kujuta endast reeglina hankelepingu olulist muutmist. Kui hankeleping on sõlmitud ilma hankemenetluseta tuginedes sisetehingu reeglile (*in-house* erand), siis kujutab selliste ettevõtete erastamine koos kehtivate hankelepingutega endast uue hankelepingu sõlmimist, kuna hankelepingu näol ei ole enam tegemist sisetehinguga direktiivi mõistes.

Hankelepingu müümisel pankrotimenetluses on vajalik hankija eelnev nõusolek. Hetkel kehtiva riigihanke seaduse kohaselt peab siiski arvestama, et hankija võib anda nõusoleku hankelepingu müümiseks (olenemata uue täitja isikust) üksnes siis, kui on täidetud RHS § 69 lg-s 3 sätestatud tingimused. Uue direktiivi eelnõu kohaselt ei ole eesmärgi saavutamise oht ega ettenägematud asjaolud oluline eeldus, kui uus hankelepingu täitja vastab esialgsetele valikukriteeriumitele.

Konsortsiumi liikme ettevõtte üleminekul või äriühingu jagunemisel, ühinemisel või tütarettevõtja asutamisel kehtivad autori hinnangul samad reeglid, mis iseseisva hankelepingu täitja puhul. Koos ettevõtte ülemineku või äriühingu jagunemise/ühinemisega lähevad üle kõik hankelepingud ja koostöölepingud teiste konsortsiumi liikmetega ning ei tohiks esineda olulisi erisusi hankelepingute puhul vaid ühe täitjaga.

Juhul kui konsortsiumi liikme muutmiseks on muud alused, siis on vaja hankelepingu muutmiseks hankija nõusolekut. Praktiline erinevus seisneb iga ühispakkuja kvalifitseerimistingimuste kontrollimises, kuivõrd reeglina ei vasta ükski ühispakkuja iseseisvalt kõigile tingimustele. Hankija peaks hindama uue hankelepingu täitja kõrvaldamiste aluste puudumist, kuivõrd see on seotud iga pakkujaga individuaalselt, ning kvalifitseerimistingimuste täitmist koos allesjääva konsortsiumi liikme(te) referentsiga. Kui uue konsortsiumi pädevus koosmõjus vastab esialgsetele valikukriteeriumitele ning Eesti puhul vastab RHS § 69 lg-s 3 sätestatud eeldustele, siis on hankijal õigus anda nõusolek konsortsiumi (näiteks maksejõuetu) liikme välja vahetamiseks.

Lõppjärgeldusena tuleb välja tuua, et riigihangete õigus ei nõua hankelepingute ülevõtmiseks hankija nõusolekut olukordades, kus seaduse alusel ei ole hankelepingu ülevõtmiseks eelduslikult vajalik teise poole nõusolek. Riigihankeõigusest tulenevad piirangud rakenduvad siis, kui hankija peab tegema otsuse hankelepingu sõlmimiseks või muutmiseks. Olukord, kus lepingu teine pool kasutab enda seadusest tulenevat õigust leping üle anda, ei ole vastuolus riigihanke läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja konkurentsi tagamise põhimõtetega.

Kui hankelepingu ülevõtmiseks on vajalik hankija nõusolek, siis peab hankija lähtuma nõusoleku andmisel lepingu muutmise üldistest reeglitest - EL aluspõhimõtetest ning RHS § 69 lg-test 3 ja 4. See tähendab, et Eesti hankija võib praegu anda nõusoleku üksnes siis, kui

hankelepingu täitja muutmise on tinginud ettenägematud asjaolud ning muudatuse sõlmimata jätmisel satuks ohtu hankelepinguga saavutatud eesmärgi täitmine.

Uus riigihankedirektiiv toob siinkohal oodatud õigusselgust ning lubab täitja muutmist teatud erandlikel tingimustel eeldusel, et uus täitja vastab esialgsetele valikukriteeriumitele. Autori ettepanekud direktiivi harmoneerimisel on järgmised (*de lege ferenda*):

- 1) Direktiivi eelnõu artikkel 72 lg 3 tuleks harmoneerida täielikus vastavuses direktiivis sätestatuga. Autor ei soovita lisada täiendavateks kriteeriumiteks RHS § 69 lg-s 3 sätestatud kriteeriume, kuna seda ei nõua Euroopa Liidu õigus. Direktiivist rangema normi loomine ei ole põhjendatud ja takistab ettevõtlust;
- 2) Õigusselguse huvides tuleb määratleda, mis kuupäeva seisuga on hankija kohustatud kontrollima maksuvõlgnevuste puudumist uuel hankelepingu täitjal.
- 3) Riigihangete seadusesse tuleb sisse viia kõik direktiivi eelnõu artiklis 72 toodud hankelepingu muutmise alused ning loobuda RHS § 69 lg-s 3 toodud kriteeriumite üliluslikkusest. Ettenägematud muudatused, mille tegemata jätmine ohustab hankelepinguga taotletud eesmärki, on vaid üks muutmise alus mitmest. Normitehnika nõuetest tulenevalt tuleks luua täiesti uus paragrahv riigihangete seadusesse, mis käsitleb hankelepingute muutmist;
- 4) Direktiivi artikkel 73 tuleks harmoneerida Eesti õigusesse andes hankijale õiguse lepingust taganeda või üles öelda õigusvastase otselepingu või sellega võrdsustatud hankelepingu muudatuse sõlmimise korral. Kuivõrd direktiiv näeb ette, et lepingu lõpetamise aluse peab ette nägema lepinguõiguses, siis tuleks Eestis norm üle võtta võlaõigusseadusesse viitega vastavate riigihangeteseaduse sätete rikkumisele.

# Transfer of a public procurement contract according to European Union Law and the Public Procurement Act

## Abstract

The purpose of this master's thesis was to analyse the legality of the transfer of a public procurement contract according to European Union law and the Public Procurement Act (hereinafter PPA). The public procurement directives 2004/18/EC<sup>189</sup> and 2004/17/EC<sup>190</sup> are harmonised by the PPA, which renders the directives as an important source for interpretation for public procurements in Estonia.

Public procurement contracts can be transferred to another contractor by the assumption of a contract or by a transfer of an enterprise. Transfer of a single contract needs the permission of the other party while transfer of an enterprise *prima facie* does not. Contracts are transferred to legal successors in mergers and divisions and in case of insolvency of the initial contractor. In case of insolvency it might be in the best interest of the insolvent party to sell the public procurement contract but it is unclear under which terms it is possible. The thesis also analyses the legality of a change in the composition of a consortia.

The topic is relevant as there is no legal guidance in this subject and in practice public procurement contracts are transferred quite often. Estonian Ministry of Finance, who is the advising organisation in public procurements, has analysed this issue only superficially and in contradict. The public procurement directives are not decisive in this matter and there is no relevant case law (except the Presstext case) in the EU or in Estonia.

Although the public procurement process ends with the entry into a public procurement contract it does not liberate the contracting authority from the obligation to follow the public procurement and EU fundamental principles. The case law of the European Court and the PPA state the rules for changing public procurement contracts, which should be exceptional and not a common practice.

---

<sup>189</sup> Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts

<sup>190</sup> Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors



The supposition of this thesis is that a transfer of a contract constitutes a material change in the contract which legality must be assessed according to the principles of EU law and the PPA.

The author will mainly use systematic-logical and objective-teleological interpretation to reach a conclusion. The thesis is divided into two major chapters in which the first analyses the change of a contractor as a general change of a contract and the second analyses concrete ways in which the contract can be transferred and its legality in terms of public procurement law.

The thesis is mainly based on the before mentioned EU directives and the PPA. The interpretation of the law is supported by case law from the European Court of Justice and the Estonian Supreme Court and also the lower courts of Estonia. The interpretation practice of the directives is mainly based on the articles in “The Public Procurement Law Review” and S. Arrowsmith’s monograph “The law of public and utilities procurement”. Important sources for the thesis were different student works, such as Mari Ann Simovart’s doctoral thesis and other relevant works by different authors, and the European Commissions proposal for a new public procurement directive from the 20<sup>th</sup> December 2011 (hereinafter Proposal). Estonian legal literature that was used in the making of this thesis was mainly Juridica.

The author reached the following conclusions.

According to EU case law a material change in the contract requires a new tendering procedure. The current interpretation practice of the PPA is also grounded on the rule of a ‘material change of a contract’. According to the interpretation of the Ministry of Finance it is possible to change a public procurement contract only when the requirements laid down in the PPA § 69 (3) are met no matter whether the change is material or not. The author’s opinion is that such interpretation should be forfeited, as the case law of EU does not require any additional requirements such as sufficient due diligence from the contracting authority or the endangerment of the aim of the contract for a non-material change of a contract.

It was also concluded that the Proposal does not bring material changes in the matter of change of a contract compared to current legal dogmatism. The most important principles in the execution and change of the public procurement contract according to EU law are the principles of fair treatment and transparency.

The supposition that a transfer of a contract is *a priori* a material change of a contract that requires a new tender procedure was proven. According to the Proposal this shall not apply in the event of universal or partial succession into the position of the initial contractor, following corporate restructuring operations or insolvency, of another economic operator that fulfils the criteria for qualitative selection initially established provided that this does not entail other substantial modifications to the contract and is not aimed at circumventing the application of the Directive.

In case of unlawful transfer of a contract it is possible to impose three legal consequences: the nullity of the transfer, public law responsibility of the contracting authority and the remuneration of damages to an interested party. In case the transfer constitutes an unlawful direct contract there must be an option to render it void. Only in the case of an important public interest the contract can be left at force and the term of the contract shortened. The right to demand the awarding of damages to a competitor is illusionary in Estonia as it is very difficult to prove that even with a public tender procedure the contract would have been signed with the competitor demanding the remuneration.

The author concluded in the thesis that in the case of a transfer of an enterprise in the meaning of the Law of Obligations Act and the Bankruptcy Act and the division and the merger of a company the public procurement contracts transfer to another legal identity according to the law and the consent of the contracting authority is not required. The Proposal should be construed that contracting authority must check if the new economic operator fulfils the criteria for qualitative selection initially established only when the consent of the authority is needed for the transfer.

The transfer of a contract to the initial contractor's subsidiary does not constitute a material change of the contract as long as the subsidiary is 100% owned by the initial contractor and the initial contractor stays jointly and severally liable with the subsidiary. According to the Proposal it is possible to transfer the contract to a subsidiary when it fulfils the initial criteria for qualitative selection. In case the subsidiary does not fulfil that criteria the initial contractor should remain jointly and severally liable.

As a rule the sale of the contractor's shares does not constitute a material change of the contract. In case the contract has been entered into without a public tender procedure on the

grounds of an in-house transaction then the sale of publicly owned company with its public procurement contracts constitutes a material change of the contract as it is not an in-house transaction set for in the directive anymore.

The sale of a public procurement contract in bankruptcy proceedings requires prior consent of the contracting authority. According to the PPA the contracting authority is allowed to give such consent only when the criteria in § 69 (3) is met no matter who is the new potential contractor. According to the Proposal the unforeseen circumstances and the jeopardy of the achievement of the objective sought with the public contract are not relevant in case the new contractor fulfils the initial qualitative criteria.

In case of a member of a consortia's enterprise is transferred or it's company merges, divides or establishes a subsidiary the same rules apply as in the case of an independent contractor. With the transfer of an enterprise, mergers or divisions all contracts with contracting authorities and others members of the consortia shall transfer to the new contractor and there should not be material changes compared to public procurement contracts with one contractor.

In case there are other grounds for the change of a member of the consortia then the prior consent of the contracting authority is required. The practical difference lies in the check of the qualitative criteria of each of the joint bidder as usually none of the bidders meet the criteria independently. The contracting authority must check the grounds for exclusion for every new contractor and the fulfilment of qualification criteria in concurrence with the remaining members of the consortia. If the change is also in accordance with the PPA § 69 (3) then the contracting authority has the right to consent to change one of the (e.g. insolvent) contractors.

As a concluding summary it must be stated that the public procurement law does not require the consent of the contracting authority in the circumstances where the consent of the other party is not needed for the transfer of the contract. The limitations from the public procurement law apply when the change of a contract is dependant of the contracting authority's decision. The contractor's usage of its contractual or statutory right to transfer the contract is not in contradiction with the principles of transparency, fair treatment and competition.

In case the consent of the contracting authority is needed for the transfer of the contract then the contracting authority must abide by the general rules of changing a public procurement contracts – EU fundamental principles and the PPA § 69 (3) and (4). That means that an Estonian contracting authority can grant such a consent only when the change of a contractor is caused by objective circumstances that the contracting authority could not foresee during the award of the public contract and if, in the event of leaving the public contract unamended, the achievement of the objective sought with the public procurement contract would be fully or to a material extent in jeopardy.

The Proposal brings waited legal clarity and allows the change of a contractor in certain terms. The author's proposals for harmonising the Proposal are as follows (*de lege ferenda*):

- 1) The Proposal's article 72 (3) should be harmonized in complete conformity. The author does not recommend to add as additional criteria the requirements in the PPA § 69 (3) as European Union law does not require that. Stricter regulation than set forth in the directive is not reasonable and obstructs entrepreneurship;
- 2) In terms of legal clarity the legislator must establish the date as of the contracting authority is obliged to check the arrears of state taxes or local taxes of the new contractor;
- 3) All the grounds for changing a public procurement contract according to article 72 of the Proposal must be harmonized in the PPA and the superiority of the criteria set forth in § 69 (3) should be forfeited. Unforeseen circumstances that jeopardize the achievement of the objective sought with the public procurement contract is only one objective of many for changing a public procurement contract. According to the rules of legislative drafting a completely new paragraph must be introduced in the PPA that regulates only the change of a public procurement contract;
- 4) Article 73 of the Proposal must be harmonized into Estonian law by giving the contracting authority the right to withdraw or cancel a direct public contract or an unlawful transfer of a contract during its term. As the directive prescribes that such a possibility must be foreseen in the national contract law then such a norm should be drafted in the Law of Obligations Act with reference to appropriate norms of the PPA.

## KASUTATUD KIRJANDUS

1. A. Brown. Post tender changes in the membership of a bidding consortium: case C-57/01 Makedoniko. Public Procurement Law Review. 2003, 3, NA56-59.
2. A. S. Graells. Public procurement and the EU competition rules. Oxford ; Portland (Or.) : Hart Publishing, c2011
3. A. Vutt, M. Vutt. Ühinemine ja jagunemine Eesti registri- ja kohtupraktika peeglis. Juridica III/2009. Lk 173-180
4. C. Bovis. EU public procurement law. Elgar European Law, 2007
5. C. De Koninck, T. Ronse. European Public Procurement Law: the European public procurement directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities : texts and analysis. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008
6. E. Karindi-Kask, "Hankelepingu muutmine", Rahandusministeeriumi analüüs. 2012. Kättesaadav arvutivõrgus:  
[https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf) (18.03.2013)
7. Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. KOM (2011) 897 lõplik. Kättesaadav arvutivõrgus: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:ET:PDF (18.03.2013)
8. Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv riigihangete kohta. KOM (2011) 896 lõplik. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:ET:PDF> (18.03.2013)
9. Euroopa Komisjoni 20.12.2011 ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste hankeid. KOM (2011) 895 lõplik. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0895:FIN:ET:PDF> (18.03.2013)
10. Juhised EL riigihangete direktiivide põhimõtete kohaldamiseks / koostatud Austria Riigihangete Ameti ekspertide Thomas Gruberi, Hubert Reisneri ja Wolfgang Pointneri poolt Rahandusministeeriumi Twinning Light programmi raames ES03/IB/TWP/FIN13. Tallinn : Rahandusministeerium, 2004
11. K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. – Public Procurement Law Review. 2013, 2, 51-73

12. K. Künnapas. Töötajate õigused maksejõuetu tööandja ettevõtte üleminekul: kas ebaõnnestunud harmoneerimine? *Juridica* II/2011, lk 118-128
13. K. Taube. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega : magistritöö. Tallinn : Tartu Ülikool, 2012. K. Taube. Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuste esitamise tähtaega : magistritöö. Tallinn : Tartu Ülikool, 2012.
14. Kohtutäituri seaduse eelnõu seletuskiri. 462 SE III
15. Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/ppp/comm\\_2007\\_6661\\_et.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_et.pdf) (12.03.2013)
16. Korruptsioonivastase seaduse eelnõu seletuskiri, 192 SE
17. M. Gabriel. The establishment and participation of bidding consortia in award and review procedures in Germany and Austria. *P.P.L.R.* 2007, 3, 174-194
18. M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias: Autori varalised õigused. *Juridica* X/2010, lk 751-768
19. M. Tamme. Ettevõtte tehinguline üleminek. Magistritöö. Juhendaja: P. Varul ; Tartu Ülikool, õigusteaduskond, tsiviilõiguse õppetool. Tartu : Tartu Ülikool, 2005
20. M. Vutt. Ettevõtte üleminek: kohtupraktika analüüs. Riigikohus, õigusteabe osakond. Tartu, 2010
21. M.A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. *Juridica* II/2011
22. M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad: Carry Ginter, Irene Kull ; Tartu Ülikooli õigusteaduskond. Tartu : Tartu Ülikooli Kirjastus, c2010
23. M.A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. - *Juridica* IV/2010
24. Model Terms and Conditions of Contracts for Goods; Kättesaadav: <http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/tandcgoods.pdf> (09.04.2013)
25. P. Kulm. Pakkujate võrdne kohtlemine riigihankemenetlusest kõrvaldamisel ja pakujate kvalifitseerimisel : magistritöö. Tartu, 2009
26. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. Võlaõigusseadus. I, Üldosa ([paragrahvid] 1-207) : kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura, 2006
27. P. Varul. Selgitavaid märkusi pankrotiseadusele. *Juridica* 1, 1994.

28. Pankrotiseaduse eelnõu. 1085 SE I
29. Riigihangete juhised. Rahandusministeerium. 2012. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726) (12.03.2013)
30. S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement. London, Sweet & Maxwell 2005, 2<sup>nd</sup> edition 2008
31. S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. - Public Procurement Law Review. 2012, 5, 167-187
32. S. Treumer. Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011. - Public Procurement Law Review 2012, 5, 153-166
33. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses : magistritöö. Juhendaja: Aare Reenumägi ; Tartu Ülikool, õigusteaduskond, riigi- ja haldusõiguse õppetool. Tartu : Tartu Ülikool, 2006
34. T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. - Juridica VIII/2007 lk 564-572
35. Ü. Madise jt. Eesti Vabariigi põhiseadus : kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura, 2012, 3. vlj.

## KASUTATUD ÕIGUSAKTID

36. Autoriõiguse seadus. - RT I 1992, 49, 615... RT I, 28.12.2011, 5
37. Euroopa Liidu Nõukogu direktiiv 2001/23/EÜ ettevõtete või nende osade üleminekul töötajate õigusi kaitsvate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta, EÜT L 82, 22.3.2001, lk 16—20
38. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31.märts2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused, ELT L 134, 30.4.2004, lk 1.
39. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. ELT L 134, 30.4.2004, lk 114—240
40. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2007/66, 11. detsember 2007 , millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas (EMPs kohaldatav tekst ), ELT L 335, 20.12.2007, lk 31—46
41. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ, ELT L 216, 20.8.2009, lk 76.
42. Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364... RT I, 17.04.2013, 8
43. Karistusseadustiku rakendamise seadus. RT I 2002, 56, 350... RT I 2007, 13, 69
44. Kohtutäituri seadus. - RT I 2009, 68, 463... RT I, 31.12.2012, 18
45. Nõukogu Direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta, EÜT L 395, 30.12.1989, lk 33—35
46. Nõukogu direktiiv 2001/23/EÜ ettevõtete või nende osade üleminekul töötajate õigusi kaitsvate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta, EÜT L 82, 22.3.2001, lk 16—20
47. Pankrotiseadus. - RT I 2003, 17, 95... RT I, 21.12.2012, 14
48. Riigihangete seadus. - RT I 2007, 15, 76... RT I, 14.02.2012, 3
49. Riigivastutuse seadus. - RT I 2001, 47, 260... RT I, 13.09.2011, 11
50. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216...RT I 06.12.2010, 12
51. Töölepingu seadus. RT I 2009, 5, 35... RT I, 22.12.2012, 30
52. Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487... RT I, 08.07.2011, 21
53. Äriseadustik. - RT I 1995, 26, 355... RT I, 18.12.2012, 8



54. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. *ELT C 326, 26.10.2012, lk 47—390*
55. Nõukogu Direktiiv 92/13/EMÜ, 25. veebruar 1992, veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate üksuste hankemenetlusi käsitlevate ühenduse eeskirjade kohaldamisega seotud õigusnormide kooskõlastamise kohta, EÜT L 76, 23.3.1992, lk 14—20

## KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

56. RKEKm 3-3-1-8-01 (Tartu Linnavolikogu erikaebus Tartu Ringkonnakohtu 12. detsembri 2000. a. määruse peale haldusajajas nr. II-3-146/2000 MTÜ Tartu Kaasaegse Viievõistluse Klubi Pentathlon kaebuses Tartu Linnavolikogu otsuse tühistamiseks)
57. EK 23.01.2003, C-57/01, Makedoniko
58. EK 29.04.2004, C-496/99 P, Succhi di Frutta SpA
59. Bundeskartellamt, 3. Vergabekammer des Bundes, decision of June 29, 2005 in the case VK Bund, VK 3-52/05. Viidatud S. Treumer, 2012, p 2.1.
60. EK 18.07.2007, C-503/04, Komisjon vs. Saksamaa
61. TlnHK 3-07-1524 (OÜ Tulepesad (registrikood 11220762) kaebus Maksu- ja Tolliameti Põhja maksu- ja tollikeskuse 20.04.2007 korralduse nr 1.3-2.1/0252 tühistamise nõudes)
62. EK 13.03.2008, C-454/06, Presstext
63. TlnHK 3-09-1345 (OÜ Sherman, Skanska EMV AS ja Insenererehituse AS vaidlustus Kaitseministeeriumi kantsleri 18.09.2008 käskkirja nr 36 punktide 1 ja 2 ning kaitseministri 29.09.2008 käskkirja nr 170 kehtetuks tunnistamiseks)
64. EK 13.04.2010, C-91/08, Wall AG
65. RKHKm 3-3-1-66-10 (AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Torma Vallavolikogu 21. aprilli 2009. a otsuse nr 287 osaliseks tühistamiseks ning Torma valla ja OÜ Amestop vahel 22. mail 2009 sõlmitud lepingu tühistamiseks või tühisuse tuvastamiseks)
66. RKHKm 3-3-1-31-11 (AS Veolia Keskkonnateenused kaebus Võru Linnavolikogu 22. detsembri 2009. a otsuse nr 26 tühistamiseks)
67. TlnRK 3-09-1612 (KPA Unicon OY kaebus Riigihangete Ameti vaidlustuskomisjoni 20. juuli 2009. a otsuse ja hankija AS Kohtla-Järve Soojus 28. mai, 18. juuni ja 16. juuli 2009. a otsuste õigusvastaseks tunnistamiseks ning AS Kohtla- Järve Soojus ja AS Nordecon International vahel sõlmitud hankelepingu tühisuse tuvastamiseks)
68. Riigihangete Vaidlustuskomisjon, 12.2-9/10701, 21.06.2011 (KPA Unicon OY taotlus AS-i Kohtla-Järve Soojus riigihankes „Ahtme SEJ rekonstrueerimine. Tipukoormuse katlamaja” (registrinumber 106487) hankija õigusvastase tegevusega tekitatud kahju hüvitamiseks)
69. RKHKm 3-3-1-39-12 (Ühispakkujate Transiidikeskuse AS ja AS Muuga CT vaidlustused AS Tallinna Sadam poolt riigihankes "Operaatori leidmine Muuga sadama konteinerterminali laiendamiseks" sõlmitud hoonestusõiguse seadmise lepingu ja koostöölepingu tühisuse tuvastamiseks)

70. RKHKm 3-3-1-45-12 (OÜ Tarbus kaebus riigihangete vaidlustuskomisjoni 2. veebruari 2012. a otsuse nr 10-12/127796 tühistamiseks ja Ida-Viru maavanema 3. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/1 punkti 2.2. ja Ida-Viru maavanema 12. jaanuari 2012. a korralduse nr 1-1/10 punkti 1 õigusvastasuse tuvastamiseks)
71. TlnHK, 3-12-2076 (OÜ SAN-Korpus kaebus Sotsiaalministeeriumi otsusele nr 9.10-1.108/2835-3 hüvitise väljamõistmise nõudes)
72. Riigihangete Vaidlustuskomisjon, 12.2-9/14024, 27.02.2013 (Ühispakkujad Teehoolduse Grupp OÜ ja Teehoolduse OÜ (endine ärinimi Teho Eesti Teehooldus OÜ) Võru Linnavalitsuse poolt riigihankes „Võru linna teede ja tänavate hooldus- ja korrashoiutööd“ (viitenumber 126583) ühispakkujatele Teehoolduse Grupp OÜ ja Teehoolduse OÜ tekitatud kahju hüvitamiseks)

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina \_\_\_\_\_ Kadri Suurkivi \_\_\_\_\_  
(*autori nimi*)  
(sünnikuupäev: \_\_\_\_\_ 27.08.1988 \_\_\_\_\_)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

”Hankelepingu ülevõtmise lubatavus Euroopa Liidu õiguse ja riigihangete seaduse alusel”,  
(*lõputöö pealkiri*)

mille juhendaja on \_\_\_\_\_ Mari Ann Simovart \_\_\_\_\_,  
(*juhendaja nimi*)

1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, 06.05.2013